Worin weichen die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des Römischen Rechts ab?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Carl Wuppermann
Referendar aus Schlebusch bei Köln.

...GAD.
...HD.BAT.
BIBL.

Coblenz
Krabben'sche Buchdruckerei
1902.

Seinen Eltern

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Der Verfasser.

Disposition:

A. Einleitung: Beantwortung der Frage: Wie kommt Verfasser zu der gewählten Einteilung des Hauptteils?

B. Hauptteil:

I. Abgrenzung und Begriffsbestimmungen.

1. Die Unmöglichkeit und ihr Einfluß auf den gegenseitigen Vertrag.
   a) Begriff und sog. Arten.
   b) Insbesondere die sog. nachträgliche Unmöglichkeit.
      α) Zu vertretende Unmöglichkeit.
      αα) Vertretungspflicht im Allgemeinen.
      ββ) Einfluß der zu vertretenden Unmöglichkeit auf den gegenseitigen Vertrag.
      β) Nicht zu vertretende Unmöglichkeit: Gefahr.

2. Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen im Allgemeinen.
   a) Umfang der Frage:
      α) Nur Zufall.
      αα) Begriff.
      ββ) Insbesondere vis maior.
      β) Nicht culpa.
   b) Regelung nach heutigem Recht.

3. Die Gefahrfrage insbesondere beim Werkvertrag.
   a) Der Werkvertrag.
      α) Begriff.
      β) Insbesondere Abgrenzung vom Dienstvertrag.
   b) Gestaltung der Gefahrfrage beim Werkvertrag.

II. Die Beantwortung der Gefahrfrage beim Werkvertrag durch das römische und unser heutiges bürgerliches Recht:

1. Bezüglich der Leistungspflicht.
   a) Bei Unmöglichkeit der Vertragserfüllung.
   b) Bei noch bestehender Möglichkeit einer Erreichung des vereinbarten Vertragszieles.
2. Bezüglich des Anspruchs auf die Gegenleistung nach eingetretener Unmöglichkeit.
   a) Kasuistische Entscheidungen der römischen Juristen.
   b) Die Theorien des gemeinen Rechts,
      α) ihre Gruppierung,
      β) Darstellung der einzelnen Lehren.
   c) Die den Quellen des römischen Rechts entsprechende Ansicht und ihre Beurteilung.
   d) Entsprechende Aussprüche aus der gemeinrechtlichen Praxis.
   e) Das Prinzip des römischen Rechts,
      α) das zwar der Billigkeit entspricht,
      β) ist in doppelter Weise gescheitert.
   f) Zusammenfassende Darstellung der Abweichungen der Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag (im Sinne der §§ 644 ff.) von denen des römisch-gemeinen Rechts:
      α) Die Grundsätze.
      β) Beantwortung gewisser Einzelfragen:

I. Zeitliche Begrenzung der Gefahrtragung.

1. Im Allgemeinen:
   a) Abnahme, bezw.
   b) Verzug des Bestellers.
2. Besonderheiten:
   a) Vollendung.
   b) Uebergabe an Spediteur u. s. w.

II. In sachlicher Hinsicht.
   1. Keine allgemeinen Einschränkungen,
   2. sondern lediglich Einzelbestimmungen:
      a) Nicht aufgenommen: Höhere Gewalt.
      b) Die Bestimmungen des § 645.

C. Schluß: Die zunächst auffallenden Härten der heutigen gesetzlichen Regelung der Gefahrfrage beim Werkvertrag sind durch die einschneidenden Durchbrechungen des strengen Prinzips stark gemildert.

Verzeichnis der benutzten Litteratur:

(Im Wesentlichen in der Reihenfolge der Benutzung der einzelnen Werke zusammengestellt:)

Risch Wilhelm: „Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen", 1900.

Titze, „Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht", 1900.

Friedrich **Mommsen,** „Beiträge zum Obligationenrecht": I. 1853 und III. 1855.

Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. 1900.

v. Staudinger, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch" 1901.

Kuhlenbeck, „Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch" 1899.

Fischer, „Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung": in Iherings Jahrbüchern Bd. XXXVII.

Goldschmidt: „Das receptum nantarum, cauponum, stabulariorum: in seiner Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 3.

Goldschmidt: „Die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen": in s. Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 16 (neue Folge Bd. 1).

Gert, „Der Begriff des Vis maior", 1890.

Exner, „Begriff der höhern Gewalt": in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 10.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. 1900.

Zitelmann, „Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs", Allgemeiner Teil 1900.

Cosack, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", 1899.

Riezler, „Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch", 1900.

Wächter, Pandekten, 1880.

Dankwardt, „locatio conductio operis", in Jher. Jahrb. Bd. 13.
Theodor Mommsen, Römisches Staatsrecht 2. Aufl. 1877.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II. 1901.
Pernice, „Parerga" in Savignys Zeitschrift für Rechtsgeschichte rom. Abt. Bd. 9.
Oertmann, „Der Zufall bei der Werkverdingung": in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24.
v. Wyß, „Die Haftung für fremde culpa", 1867.
Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs II.
Bolze, „Der Zufall bei der Werkverdingung", im Archiv für civil. Praxis Bd. 57.
Buchta, Pandekten, 10. Auflage 1866.
Unterholzner, „Schuldverhältnisse", 1840.
Burchardi, „Die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen", 1861.
Paszotta, „Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung", Greifswalder Dissertation, 1889.
Windscheid, Ueber Mommsen Beiträge in Heidelb. krit. Zeitschrift, Bd. 2, 1885.
Schmoll, „Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werkes auf die Verpflichtungen der Kontrahenten?" Straßb. Dissert. 1889.
v. Buchholtz, „Das Einstehen für den Zufall bei der Werkverdingung", in Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, neue Folge Bd. 8.
Puntschart, „Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts", 1885.
Hasse, „Die culpa des römischen Rechts", 1838.
Göschen, „Vorlesungen über das gemeine Civilrecht", 1893.
Sintenis, „Das praktische gemeine Civilrecht", II. 1868.
Glück, Pandekten-Kommentar, 17. 1815.
Homann, „Der Zufall bei der Werkverdingung" Greifswal. Diss. 1892.
Victor Ehrenberg, „Kauf- und Werkvertrag" in Iherings. Jahrb. Bd. 27; 1889.
Brinz, Pandekten, 1897.
Goose, „de casu quaedam observationes", Berlin. Diss. 1866.

Schmauser, „Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht", Erlang. Diss. 1891.
Dernburg, „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens", 1901.
Heise-Cropp, „Juristische Abhandlungen, 1830.
Weiske, Rechtslexikon Bd. 7.
Foerster-Eccius, Preußisch. Privatrecht, 5. Aufl. 1887.
Dernburg, Preuß. Privatrecht, 5. Aufl. 1897.
Krückmann, „Reform des Kaufrechts".
Keller, Pandekten, 1861.
Gesterding, „Irrtümer der Rechtsgelehrten", 1818.
Mackeldey, „Lehrbuch des heut. römischen Rechts", 1818.
Arndts, Pandekten, 14. Aufl. 1889.
Baron, Pandekten, 7. Aufl. 1890.
v. Wening-Ingenheim, „Lehrbuch des gemeinen Civilrechts", 1837. (6. Aufl.)
v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten, 1863.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten.
Strohal, „Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse ꝛc.", Vortrag, Jher. Jahrbuch, 33.
Crome, „Die partiarischen Rechtsgeschäfte", 1897.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B. 2. Teil 1899.
Planck, B. G. B. erläutert, 1898.
Meisner, Kommentar zum 2. Buch des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch 1898.
Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse", 1897. (1898.)
Hachenburg, „Dienstvertrag und Werkvertrag".
Biermann, „Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung", i. Archiv für civil. Praxis Bd. 91.
Sempel, „Gemeinrechtliche Streitfragen auf dem Gebiete der Werkverdingung und ihre Entscheidung durch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch". Erlang. Diss. 1899.
Kommissionsprotokolle in der Bearbeitung von **Achilles, Spahn** und **Gebhard,** 1898.

Behandlung.

A.

Die Frage läuft auf einen Vergleich der Regeln des römischen Rechts über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag mit denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich hinaus.

Zur Ermöglichung dieses Vergleichs ist die Darstellung der Vorschriften der beiden Rechte, die der Regelung der Gefahrfrage bei dem genannten Vertrage dienen sollen, erforderlich.

Eine Durchsichtigkeit solcher Darstllung ist nur zu erzielen, wenn man sich klar ist über die Frage: Welchem engern Kreise in dem weiten Gebiete des gesamten Privatrechts gehören jene Vorschriften an, und auf welche Vertrags- und sonstigen Rechtsbegriffe ist ihr Anwendungsgebiet begrenzt?

B.

I.

1. Bei allen Schuldverhältnissen, d. h. allen Rechtsverhältnissen zwischen mehreren Personen, kraft deren eine Person der anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, taucht die Frage auf: Welchen Einfluß hat die Unmöglichkeit der Leistung auf das Verhältnis?

Gespalten wird die Frage insbesondere bei Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen; denn hier steht sich nicht nur eine Schuldner- und eine Gläubigerseite gegenüber, sonder jede der beteiligten Personen ist vor Erfüllung der Verpflichtung sowohl Gläubiger, als auch Schuldner. Kraft der also in allen Beziehungen doppelseitigen Natur dieser Schuldverhältnisse[1]) zerfällt demnach obige Frage in zwei Einzelfragen:

---

[1]) Kisch a. a. O. S. 1 unten: „Mag man aber im Einzelnen über die Konstruktion der gegenseitigen Verträge wie immer denken, so viel kann als sicheres Ergebnis der Rechtsentwickelung betrachtet

Einmal: Welchen Einfluß hat der Eintritt der Unmöglichkeit einer Vertragsverpflichtung auf die Leistungspflicht desjenigen, auf dessen Seite Unmöglichkeit vorliegt?

Zum anderen: Welchen Einfluß übt die Unmöglichkeit auf einer Vertragseite auf das Recht, Erfüllung von der anderen zu verlangen?

a) Der juristische Begriff der Unmöglichkeit ist nun dahin festzulegen, daß unter einer unmöglichen Leistung einerseits diejenige Leistung zu verstehen ist, deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist, anderseits auch eine solche, „die an sich zwar prästiert werden kann", deren Bewirkung aber ein solches Übermaß an Opfern erfordert, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann. [1])

Der zweite Fall braucht eigentlich gegenüber dem ersten gar nicht getrennt aufgeführt zu werden; denn eine Leistung muß vom Standpunkt eines billigen Rechts stets dann als ausgeschlossen gelten, wenn ihre Bewirkung mit Opfern und Schwierigkeiten verbunden ist, die den gewöhnlichen Verpflichtungen in gleichen Fällen nicht entsprechen. Somit kann als Unmöglichkeit kurz jedes vom Standpunkt eines ins aequum anzunehmende Ausgeschlossensein der Erfüllung bezeichnet werden. Daraus ergiebt sich, daß eigentliche „Arten der Unmöglichkeit" kaum unterschieden werden können, wie das im gemeinen Recht geschah und auch heute noch vielfach geschieht. Der Begriff Unmöglichkeit bleibt sich überall gleich. Wenn trotzdem Unterscheidungen bei seiner Behandlung gemacht werden, so beruht das „teils auf den Gründen der Unmöglichkeit, teils auf der Beziehung der letzteren zum Inhalt der Verpflichtung oder zur Person des Verpflichteten". [2])

Was die einzelnen Unterscheidungen anlangt, so kann hier von dem Gegensatz zwischen sog. faktischer und sog. rechtlicher Unmöglichkeit ganz abgesehen werden, „da beide „Arten der Unmöglichkeit" die gleichen Wirkungen äußern"; [3]) das ist ja heute im Bürgerlichen Gesetzbuch in § 309 ausgedrückt und war auch im gemeinen Recht anerkannt, wenn auch hier von ver-

---

werden, daß sich nach moderner Auffassung die aus demselben entspringenden Forderungsrechte nicht nur in ihrer Geltendmachung, sondern auch in ihrem Bestande wesentlich bedingen und beeinflussen."

[1]) Titze, a. a. O. Seite 2 unten.

[2]) Kisch, a. a. O. Seite 8 § 2 I.

[3]) Derselbe, a. a. O. Seite 9 oben.

schiedenen Seiten gegen eine gleichartige Behandlung der „verschiedenen Begriffe" gekämpft wird.[1])

Zu beachten ist dagegen, ob das Ausgeschlossensein der Leistungsbewirkung sich auf die ganze Verpflichtung erstreckt, oder ob die Leistung zum Teil bewirkbar, zum Teil ausgeschlossen ist.

Von unmittelbarster Bedeutung für unsere Frage ist der Unterschied zwischen sog. ursprünglicher und sog. nachträglicher Unmöglichkeit, ein Gegensatz, der „auf dem Verhältnis der Unmöglichkeit zur Stufe der Vertragsentwicklung beruht".[2]) Für die sog. anfängliche Unmöglichkeit, d. h. diejenige Unmöglichkeit, die im Augenblick des Vertragsschlusses bereits vorhanden war, ist wieder eine Unterscheidung wichtig, die in der Beziehung zu der Person des Verpflichteten begründet ist, nämlich, ob die Leistung für Jedermann unerbringlich ist: sog. objektive Unmöglichkeit, oder ob nur der Verpflichtete nicht erfüllen kann, während die Leistung einem Dritten möglich wäre: subjektive Unmöglichkeit. Die objektive Unmöglichkeit läßt das Forderungsrecht gar nicht zur Entstehung kommen.[3]) B. G. B. 306: „Der Vertrag ist nichtig." Bei der subjektiven Unmöglichkeit entsteht ein Recht auf ein „Geldäquivalent".

b) Auf diesen bei der sog. anfänglichen Unmöglichkeit hervorgehobenen Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Ausgeschlossensein der Leistung braucht bei der sog. nachträglichen Unmöglichkeit, d. h. bei dem Ausgeschlossensein der Leistungsbewirkung, das erst nach dem rechtsgültigen Entstehen der Verbindlichkeiten eintritt, keine Rücksicht mehr genommen zu werden: Schon im gemeinen Recht ist anerkannt, daß es bei der nachträglichen Unmöglichkeit auf jene Unterscheidung nicht ankomme;[4]) — heute ist die Gleichstellung der „Unmöglichkeit" im technischen Sinne und des vom Gesetz sog. „Unvermögens" einmal im Gesetzbuch ausdrücklich ausgesprochen[5]) und muß für andere Fälle, weil nicht verneint, als zugelassen angesehen werden.

---

[1]) Siehe Friedrich Mommsen, a. a. O. I. Seite 4.

[2]) Kisch, a. a. O. Seite 9.

[3]) Windscheid, Pand. II. § 264,1—l. 185 D. 50, 17: Impossibilium nulla obligatio est.

[4]) Windscheid, a. a. O. § 264, 2.

[5]) B. G. B. § 275, Abs. 2.

α) Bei der Behandlung der sog. nachträglichen Unmöglichkeit muß eine andere Unterscheidung gemacht werden, die sich ebenfalls auf das Verhältnis zur Person des Verpflichteten bezieht: Es ist der Gegensatz zwischen der zu vertretenden und der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit, der hier in Betracht kommt.

αα) Vertretungspflicht ist im Allgemeinen die Verpflichtung einer Person, für die nachteiligen Folgen eines Umstandes aufzukommen, also entweder den unmittelbar eintretenden Schaden selbst zu tragen oder für die Beseitigung und Ausgleichung des Nachteils einem andern gegenüber Sorge zu tragen.

Die Pflicht kann eintreten ohne Rücksicht auf irgend welches obligatorische Verhältnis zu einer anderen Person; sie setzt dann im Allgemeinen außer dem objektiven Thatbestand, dem Eintritt des Schadens, dem Kausalzusammenhang zwischen beiden noch ein gewisses subjektives Element voraus, und zwar in der Regel ein Verschulden: eignes: B. G.-B. 823 — fremdes: B. G.-B. 831. Wenn ausnahmsweise eine Haftung auch ohne Verschulden eintreten soll, so bedarf es dazu als Rechtsgrund entweder einer positiven Gesetzesbestimmung oder besonderer Parteiabrede.

ββ) Ebenso ist es bei den Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen, von denen wir ausgingen; auch hier sind Umstände, die der anderen Vertragspartei einen Schaden verursachen, also namentlich solche, die ihr die Möglichkeit nehmen, die gegnerische Verpflichtung bewirkt zu sehen, von dem Verpflichteten regelmäßig nur dann zu vertreten, wenn ein Verschulden des Verpflichteten oder seiner Erfüllungsgehülfen sie herbeigeführt hat: B. G.-B. 276: Der Schuldner hat, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten — B. G.-B. 278: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten, wie eignes Verschulden." Diese Vertretungspflicht äußert sich dann — in Anlehnung an die zu Anfang aufgestellten beiden Fragen — darin, daß der Schuldner einerseits zur Leistung eines Geldäquivalents an Stelle der untergegangenen Leistung, und zwar in der Regel zur Leistung des vollen Interesses des Gläubigers, verpflichtet ist,[1]) anderseits aber natürlich auch, soweit er den Schaden ersetzt, die vereinbarte Gegenleistung fordern

[1]) Siehe auch Fr. Mommsen, a. a. O. I. § 20 Seite 229.

kann.[1]) — Die entsprechende, nur ausführlichere Regelung dieser Frage findet sich im § 325 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wo namentlich unterschieden wird, ob die Unmöglichkeit eine gänzliche oder eine teilweise ist: Bei gänzlicher Unmöglichkeit hat der Gläubiger ein mehrfaches Wahlrecht: Er kann nämlich entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten oder, ohne zurückzutreten, entweder die Gegenleistung verweigern oder das sog. stellvertretende commodum verlangen. Bei teilweiser Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob die teilweise Erfüllung für den Gläubiger Interesse hat.

β) In der Frage nun, welchen Einfluß auf die Vertragsverhältnisse diejenige Unmöglichkeit der Erfüllung hat, die nachträglich in Folge eines Umstandes eintritt, den der Verpflichtete nach dem allgemeinen Prinzip des Gesetzes[2]) nicht zu vertreten hat, liegt die technisch so bezeichnete „Gefahrfrage". Solche Umstände sind eben, wie man gewöhnlich sagt, zufällige Ereignisse. Das Gesetz sagt schlankhin „Umstände, die nicht zu vertreten sind"; das ist insofern nicht korrekt, als unter Umständen, allerdings nur ausnahmsweise, auch Zufälle vertreten werden müssen, anderseits für gewisse Fälle des Verschuldens die Vertretungspflicht erlassen werden kann.

2a. Die Gefahrfrage bei gegenseitigen Verträgen im Allgemeinen befaßt sich also, wie gesagt, in der angedeuteten doppelten Beziehung mit Ereignissen, die unabhängig von einem regelmäßig haftungsbegründenden Wollen und Wissen des Verpflichteten dessen Leistung nachträglich unmöglich machen:

α) Man sagt, die Leistung ist durch einen Zufall unmöglich geworden.

αα) Der Begriff des Zufalls, casus, ist gemeinrechtlich bestritten; der Streit der Juristen beginnt mit der Glosse und zieht sich bis zur neuesten Rechtswissenschaft fort. Es ist richtig, daß sowohl im alten wie im neuen Recht zwei Arten des Zufalls von den meisten Schriftstellern unterschieden werden; dem sog. „niedern Zufall", dem casus im engern Sinne, wird die „höhere Gewalt", vis maior, θεοῦ βία, gegenübergestellt Indes der Streit dreht sich um die Abgrenzung der beiden Begriffe, wobei sich gerade bezgl. der Bestimmung der höhern Gewalt zwei verschiedene Lehren gegenüberstehen.

---

[1]) Windscheid, a. a. O. § 264, 2.

[2]) So auch v. Stand, a. a. O. zu § 644, S. 461, Zeile 1: „nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten."

Während für den Begriff des mindern Zufalls die subjektive Beziehung des schädigenden Ereignisses zu dem Wollen und Wissen des bestimmten Schuldners ausschlaggebend sein muß,[1]) wird zu einer Begriffsbestimmung der vis maior bald das Hauptgewicht auf die subjektive Beziehung zu der bestimmten Person gelegt, bald mehr Bedeutung einem objektiven Element zugesprochen.

Die sog. subjektive Auffassung, deren Hauptvertreter Goldschmidt[2]) ist, legt „das charakteristische Moment für den Begriff des casus in das Verhältniß zwischen dem schädigenden Ereigniß und dem Maße des von dem Betroffenen geleisteten oder zu leistenden Widerstandes.“[3]) Nach Goldschmidt selbst, dessen Anhänger ihre Ansicht in mehr oder weniger abweichender Weise einkleiden, sind „höhere Gewalt“ „Naturereignisse und Handlungen anderer als der Genannten (nautae und vectores), welche ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden, noch abzuwehren, noch in ihren schädlichen Folgen vermeidbar waren.“[4])

Die andere, durch Exner begründete, nunmehr zu überwiegender Geltung gelangte, sog. objektive Lehre beachtet hauptsächlich gewisse äußere Merkmale des Ereignisses. Nach ihr gehört zum Begriff der höheren Gewalt ein Zweifaches: 1) Ein

---

[1]) So allgemein anerkannt; vgl. Kisch a. a. O. § 5, Seite 3 f. 1. Kuhlenbeck a. a. O. § 11, S. 69: „Zufall im engern juristischen Sinne ist jedes Ereignis, für das im einzelnen Fall ein bestimmtes Subjekt nicht vom Standpunkt des Schuldbegriffes aus verantwortlich gemacht werden kann, in Beziehung auf dieses Subjekt.“ Dagegen Fischer bei Ihring a. a. O. Seite 266: „Casus ist ein schädigendes Ereignis, dessen Ursachen unabhängig vom Willen des Schuldners begründet liegen, dessen schädigende Richtung auf sich, auf sein Kontraktverhältnis, aber vom Schuldner dolos oder kulpos herbeigeführt sein kann.“

[2]) Goldschmidt, „Das receptum nautarum, componum, stabulariorum“ in seiner Zeitschrift Bd. IV S. 79 ff., S. 331 ff.

[3]) So kennzeichnend Gerth a. a O. § 8, S. 105 die subjektive Lehre. — Unter Abänderungen haben sich ihr angeschlossen: Windscheid, vergl. Pand. II § 384; ferner Ternburg; vergl. Grünhuts Zeitschrift Bd. XI S. 334 ff. und Pand. II § 39, IV: „Richtiger Ansicht nach Unfälle so außerordentlicher Art, daß im Verkehr mit ihnen im Voraus nicht gerechnet werden kann, daß sie im regelmäßigen Geschäftsgang also nicht in Berücksichtigung gezogen werden“, etwas versteckt, aber klar. Deutlicher spricht er in Anmerkung 9 ebenda: „Vielmehr handelt es sich um Dinge, welche die menschliche Vorsicht in der gegebenen Lage der Verhältnisse übersteigen.“

[4]) Goldschmidt, a. a. O. Bd. III, Seite 115.

außerhalb des Betriebskreises des betreffenden Verkehrsunternehmens entstandenes Ereigniß, das durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib und Gut verursacht hat, und das 2) bei der Art und Wucht seines Auftretens durch die gewöhnlichen menschlichen Machtmittel nicht vorhergesehen oder abgewendet werden konnte. [1])

Wenn auch infolge der Uebernahme der Zweiteilung des Zufallsbegriffes durch das Bürgerliche Gesetzbuch, und zwar eben nur der Begriffe „Zufall" und „höhere Gewalt", ohne jede Begriffsbestimmung, der berühmte Streit auch heute noch fortlebt, so ist doch die Bedeutung der höhern Gewalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erheblich eingeschränkt, und damit hat auch jener Begriffsstreit nicht mehr die Wichtigkeit wie früher. Die Verengerung des Geltungsgebietes der höhern Gewalt geschah namentlich hinsichtlich der Fälle, in denen der Verpflichtete, der für gewöhnlichen Zufall haftete, durch höhere Gewalt befreit wurde; und da insbesondere wieder bei gegenseitigen Verträgen in den Fällen der Tragung der Gefahr.

β) Daß nach der andern Seite hin, wie schon angedeutet, der Ausdruck „Gefahr" als die subjektive Beziehung des „Zufalls" zu einer bestimmten Person oder deren Vermögen im Gegensatz zur culpa aufzufassen ist, erkennen die modernen Juristen allgemein an. [2])

Heute kann eine derartige Auffassung kaum angefochten werden; denn während das Bürgerliche Gesetzbuch für die Fälle des

---

[1]) Vergl. Dernburg Bd. II § 39 Anmerkung 9. Der Theorie schließt sich auch Zitelmann an; vergl. sein „Recht des B. G. B. I. Seite 172; wenigstens für die Haftung innerhalb eines Schuldverhältnisses; er unterscheidet aber außerdem eine Art von Fällen höherer Gewalt, nämlich die Fälle, wo das objektive Recht einerseits, „ohne ein bestimmtes Handeln zur Rechtspflicht zu machen, doch an das gegenteilige Verhalten, also das Unterlassen, nachteilige Folgen knüpft, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Unterlassenden", wo es dann aber andererseits wieder die Ausnahme macht, daß nicht höhere Gewalt vorliegen dürfe. Da muß als höhere Gewalt jedes von außen kommende, ganz außergewöhnliche Ereignis bezeichnet werden; „die nähere Begrenzung des Begriffes läßt sich nur finden, wenn man überlegt, aus welchen Erwägungen heraus das Gesetz in jedem der angegebenen Fälle für sich die nachteiligen Folgen an das Unterlassen geknüpft hat."

[2]) So Cosack, a. a. O. I. § 72, 1a: Auch er definiert den Begriff Gefahr als die „schlimmen Folgen des Zufalls." — Vergl. auch Kisch, a. a. O. § 6 Seite 44 Anmerkung 2.

Verschuldens inner- wie außerkontraktlich eine allgemeine Haftung festgesetzt hat — allerdings unter Erleichterungen für gewisse Ausnahmefälle —, war es bei der Verschiedenheit der Verhältnisse und dem Widerstreit der Einzelinteressen nicht möglich, allgemein zu bestimmen, wen, von wann ab und wie lange ihn die nachteiligen Folgen eines Umstandes treffen sollten, der unabhängig von seinem Willen und Wissen eingetreten ist; hierfür sind also genau auf die Einzelverhältnisse zugespitzte Bestimmungen erforderlich, und die gibt das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es bei den verschiedenen Vertragstypen Ausdrücke anwendet wie: „trägt die Gefahr", „die Gefahr geht über" 2c. — Auch für das gemeine Recht sollte man diese Auffassung vermuten; und wirklich wird in den Quellen in der großen Mehrzahl der vorkommenden Fälle periculum für die Gefahr des Zufalls gebraucht, z. B. „in den Rechtsparömien: periculum est emtoris; periculum est locatoris; ferner wenn es in § 3 J. III 23 heißt: periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet; in anderen Stellen wird das periculum sogar ausdrücklich dem dolus und der culpa gegenübergestellt, so in l. 17 § 2 D. 19, 5, wo Papinianus schreibt: et solum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non." [1])

Auf Grund anderer Stellen dagegen, wie l. 5 § 7 D. 13, 6, wo von periculum quod culpa contigit die Rede ist, wird von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern periculum in einem weiteren Sinne gebraucht,[2]) nämlich als ein Nachteil der ebensowohl durch Zufall als durch culpa oder durch dolus herbeigeführt sein kann. Daher kommt es denn, daß bei vielen Quellenstellen, die den Sinn des Ausdrucks periculum nicht deutlich erkennen lassen, die Auslegungen der Schriftsteller nicht übereinstimmen; damit wird dann häufig der Sinn der ganzen Stelle verschoben.

b. Während nun das römische Recht die allgemeine Unmöglichkeit der Leistung und die den Eigentümlichkeiten der Einzelverhältnisse entsprechenden besonderen Unfälle, die der Errichtung des Vertragszieles entgegenstanden, ungetrennt ließ und nur für

[1]) Oertmann, bei Grünh., Bd. 24, Seite 30.

[2]) So sagt Fr. Mommsen, a. a. O. I. § 11 Seite 240: „Aus den bisherigen Erörterungen geht zur Genüge hervor, daß das Wort periculum keine bestimmte technische Bedeutung hat, sondern nur im Allgemeinen einen zu befürchtenden Schaden bezeichnet."

die letzteren kasuistische Entscheidungen traf, regelt das Bürgerliche Gesetzbuch zunächst ganz allgemein den Einfluß jeder, gleichviel wie gearteten, Unmöglichkeit auf den gegenseitigen Vertrag und trifft erst für die besonderen von ihm geregelten Vertragstypen besondere Bestimmungen bezüglich der dem betreffenden Vertrage entsprechend gestalteten Gefahrfrage.

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird

1. der Schuldner [1]) „von der Verpflichtung zu Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird", während

2. anderseits der Gläubiger [2]) unter denselben Voraussetzungen von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreit wird.

Bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach dem Grundsatze der Minderungsklage beim Kauf.

Es kann also der Schuldner, *soweit* die Unmöglichkeit *eintritt*, *und soweit er* infolge dessen von der Verpflichtung zur ferneren Leistung entbunden wird, auch die Gegenleistung nicht verlangen, trägt also in diesem Sinne die Gefahr der zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit.

3 Diese, für die gegenseigen Verträge allgemein angedeutete Gefahrfrage, wie sie in ihrer doppelten Beziehung zur Leistungs- und Gegenleistungspflicht auftaucht, muß, wie erwähnt, bei den einzelnen Vertragsarten eine besondere Gestalt annehmen.

So soll dem Folgenden die Gefahrfrage beim Werkvertrag zu Grunde gelegt werden.

a, α) Die älteste Begriffsbestimmung der locatio conductio operis, des Werkvertrags oder der Werkverdingung, die in den Digesten [3]) zu finden ist, ist die vielgenannte von Labeo, die Paulus im zweiten Buch ad edidum wiedergibt: „opere locato conducto his verbis Labeo significari ait id opus quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum." Sie zeigt deutlich, daß bei Griechen wie Römern das Vertragsziel ein Arbeitserfolg gewesen ist, dem eine bestimmte Vergütung entsprochen hat. Aehnlich ist der Begriff im Bürgerlichen

[1]) Allgemeines Prinzip aus § 275 Absatz 1.
[2]) § 323 Absatz 1.
[3]) l. 5, § 1, D. 50; 16.

Gesetzbuch[1]) wiedergegeben: „Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer — der römische conductor — zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller — in Rom locator genannt — zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet." Der Arbeitserfolg kann, wie er es in Rom schon konnte, sowohl die Herstellung oder Veränderung einer beweglichen wie unbeweglichen Sache sein, als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg.[2]) Hieraus wird vielfach die Unterscheidung von materiellem und immateriellem opus hergeleitet, die den Quellen allerdings fremd ist.

β) Diesem Vertrag nahe verwandt ist der Dienstvertrag, die locatio conductio operarum.[3]) Jahrhunderte lang wurde sogar gelehrt, die locatio conductio operis sei nur ein besonderer Fall des Dienstvertrages,[4]) oder wie Dankwardt[5]) sich ausdrückt, „eine durch Nebenvertrag modifizierte locatio conductio operarum. Daraus wurde dann, wie noch zu zeigen ist, gefolgert, daß, wie bei der Dienstmiete, so auch beim Werkvertrag, die Dienste und Arbeiten, welche bis zum Eintritt einer zufälligen Unmöglichkeit der Erfüllung geleistet worden sind, stets verhältnißmäßig zu vergüten seien. Daß diese Auffassung richtig ist, beweist die Entstehungsgeschichte der locatio conductio operis, ganz abgesehen davon, daß es sich doch beim Werkvertrag um Herstellung eines „ökonomischen Effektes"[6])

---

[1]) B. G. B. § 631.

[2]) B. G. B. § 631 Absatz 2.

[3]) Daß schon von der römischen Jurisprudenz die drei Arten der locatio conductio, nämlich die l. c. rei, operarum und operis, als verwandt angesehen wurden, beweist Riezler (a. a. O. S. 1 f. einmal aus der Einheit der Formel im album praetorium für alle drei Verträge, ferner daraus, daß sie sowohl in den Institutionen des Gaius (III, 142—147), als auch in der Justinianischen Kompilation, Institutionen (III, 24), Digesten (XIX, 2 und Kodex (IV, 63) ungeschieden unter gemeinsamen Titeln abgehandelt wurden; endlich auch daraus, daß römische Juristen bei ihrer kasuistischen Behandlung des Stoffes manchmal über die locatio conductio unbedenklich Rechtssätze aufgestellt hätten, ohne zweifellos erkennen zu lassen, welche der drei verschiedenen Arten sie im Auge gehabt hätten.

[4]) Wächter, Pand. II. S. 479, ebenso noch Windscheid, Pand. II. § 399.

[5]) Dankwardt bei Ihering, a. a. O. S. 303 (Ihering, Jahrb., Bd. XIII.

[6]) Dernburg, Pand. II. § 113, Anmerkung 3.

handelt, und des Unternehmers Arbeit hier nur das Mittel zur Erreichung des Vertragszieles, bei der l. c. operarum dagegen wesentlicher Vertragsteil und sogar Vertragsziel selst, ist. Wenn der historische Vorgang, wie ihn Riezler[1]) unter Hinweis auf Mommsen, Bachmann, Karlowa, darstellt, richtig ist, so ist die locativ conductiv operis auf dem Gebiete des öffentlichen Bauwesens entstanden, weil sich hier die Dienstmiete als unzulänglich erwies, also in einem gewollten Gegensatz zur Dienstmiete. Diese mag demnach die ältere sein; woraus sie indes entstanden ist, weiß man nicht genau, und so viel steht jedenfalls fest, daß beide Vertragsarten aus verschiedenen Bedürfnissen zu verschiedenen Zeiten sich entwickelt haben. Zu demselben Ergebnisse ist auch Pernice[2]) gekommen, der seine Untersuchungen über das Wesen dieser beiden Verträge mit dem Satz schließt: „Fügt man endlich noch hinzu, daß die operarum locatio unmöglich denselben geschichtlichen Ursprung haben kann wie der Werkvertrag, so wird man schwerlich an eine Unterordnung dieses unter jene festhalten dürfen; man wird zwei selbständige Verträge annehmen müssen."

Das hat denn heute auch das BürgerlicheGesetzbuch gethan; und wenn auch immer noch zahlreiche Analogien zwischen Werk- und Dienstvertrag vorhanden sind, so sind sie doch sehr beschränkt, insbesondere auf dem Gebiete der Gefahrtragung.

b. Soll nun die Gefahrfrage in ihrer Zweiteilung auf diesen eigentümlichen Vertrag, die Werkverdingung, zugespitzt werden, so ist ein Doppeltes zu beachten:

---

[1]) Riezler, a. a. O. § 2 f. — Theodor Mommsen, a. a. O. S. 442 ff.: Er führt als Hauptgegenstand der „censorischen Verdingung" die Bautenverdingung auf, die gerichtet war sowohl auf Instandhaltung der bestehenden wie auf Errichtung neuer Bauten.

Karlowa, a. a. O. Seite 645: „Zunächst war es der Staat, dem die großartigsten durch Arbeiten verschiedenster Art zu erreichenden Aufgaben zur Lösung zufielen .... Es scheint also schon in den Anfängen der Republik von dieser regelmäßigen Auferlegung von operae Abstand genommen zu sein. Es bildete sich das System der ultro tributa aus: Der Staat machte sich von der unmittelbaren Herstellung von Bauten und anderen ökonomischen Unternehmungen dadurch frei, daß er die Herstellung für eine Pauschsumme Privatleuten oder Gesellschaften von Privatleuten, welche sich freiwillig dazu erboten, überließ. Nicht die locatio conductio rerum, auch nicht die operarum, wohl aber die operis scheint nach dem Vorbild des staatlichen Vermögensverkehrs in den Privatverkehr eingedrungen zu sein ...."

[2]) Pernice, „parerga" in Savignys Zeitschr. XI S. 245.

1. Der Eigenart des Zweckes entspricht es, daß eine Unmöglichkeit der Erreichung des vereinbarten Vertragszieles eintreten kann nicht nur durch jede unmittelbar nach dem Vertragsschluß sich ereignende, gleichviel wie geartete, Unmöglichkeit der Ausführung, sondern insbesondere auch durch Verschlechterung, Vernichtung oder Unausführbarwerden des angefangenen oder vollendeten Werkes. Die Unterscheidung wird weder im römischen noch im gemeinen Recht scharf durchgeführt und ist deshalb für die Behandlung der Gefahrfrage des damaligen Rechts unwesentlich. Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist jedoch die angedeutete Trennung zu beachten.

2. Es sind Fälle denkbar, daß ein das Werk verschlechternder, vernichtender oder gar unausführbar machender Umstand trotzdem keine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung herbeiführt.[1]) Diese Scheidung zwischen der Gefahr der wirklichen Unmöglichkeit und der Gefahr des Zufalles bei noch bestehender Möglichkeit der Erfüllung hat natürlich nur Sinn bezüglich der Verpflichtung zur Leistung; denn ist die Leistung überhaupt möglich, so richtet sich der Lohnanspruch eben nach der thatsächlichen Erfüllung durch den Unternehmer. Die Frage, die hier auftaucht, ist also lediglich die, ob der Unternehmer nach dem das Werk betreffenden Zufall noch zur Leistung verpflichtet bleibt.

II. Wie die Römer die so formulierte Gefahrfrage beim Werkvertrag geregelt haben, ist bei den mannigfaltigen Auslegungsmöglichkeiten der einschlägigen Pandektenstellen, bei der Verschiedenheit der Begriffsbestimmungen von „Gefahr", „Zufall", insbesondere „höhere Gewalt" und „Werkvertrag" stets bestritten gewesen.

Der oberste und augenscheinlichste Unterschied der Regelung durch die Römer von der durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ist jedenfalls in der Aufstellung eines einheitlichen Grundsatzes durch unser Recht gegenüber der früheren Unsicherheit begründet; standen sich doch im gemeinen Recht aus genannten Gründen geradezu diametral verschiedene stark vertretene Theorien gegenüber.

---

[1]) Kisch, a. a. O. Seite 60: „Vorauszuschicken ist aber, daß bei gegenseitigen Verträgen nicht selten eine Tragung der Gefahr erforderlich ist, ohne daß eine Unmöglichkeit der Leistung vorzuliegen braucht, namentlich in dem Falle, daß ein vernichtetes Werk von neuem hergestellt werden kann."

1. Was nun den ersten Teil der Gefahrfrage anlangt, so erledigt er sich bei wirklicher Unmöglichkeit der Erfüllung sehr einfach: Im römischen Recht wird der Unternehmer von seiner Verpflichtung entbunden und haftet auch nicht mehr auf das Interesse, es sei denn, daß Verschulden seinerseits oder vertragliche Haftungsübernahme vorliegt. Dies ist in der Digesten deutlich zum Ausdruck gebracht. So sagt l. 13. § 5. D. 19,2: Si gemma includenda ant insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae — d. i. ein lediglich zufälliges Unglück, das die Masse traf[1]) factum sit, non erit ex locato actio — d. h. der Schuldner wird frei — si imperatia facientis — d. i. Verschulden — erit — der Unternehmer wird nicht frei — Hinc sententiae addendum est: nisi periculum quoque in se artifex receperat — vertragliche Gefahrübernahme —: tunc enim, etsi vitio Materiae id evenit, erit ex locato actio.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch sind bezüglich dieser Frage beim Werkvertrag keine besonderen Bestimmungen getroffen worden. Dasselbe Prinzip wie im römischen Recht ist ja ganz allgemein für jeden Leistungsverpflichteten im § 275 f. ausgedrückt; vertragliche Gefahrübernahme in dieser Richtung ist ermöglicht durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit. Beim Werkvertrag, nach teilweiser oder vollkommener Vollendung Aenderungen eintreten zu lassen, liegt kein Grund vor.

b. Schwieriger ist insbesondere die Frage, ob bei dem Fall der Leistungsmöglichkeit trotz Untergang, Verschlechterung oder Unausführbarwerdens des angefangenen Werkes eine Wiederaufführungspflicht des Unternehmers eintreten soll. Es wird behauptet, diese Frage sei, „weil nicht aus dem allgemeinen rechtlichen Prinzip zu beantworten, welches der Gefahrfrage zu Grunde liegt, nicht als unmittelbar in diesen Zusammenhang gehörig zu erachten".[2]) Diese Auffassung hat ihren Grund darin, daß unter periculum, wie oben ausgeführt, nur die Gefahr des die Leistung unmöglich machenden Zufalles im Allgemeinen zu verstehen ist; und da ist es richtig, daß die Frage „genau genommen mit der Lehre von der Unmöglichkeit nichts zu thun hat".[3]) Und doch ist sie, da die Eigenart des Werkvertrags den erwähnten Fall häufig mit sich bringt, wesentlich

[1]) Vergl. dazu Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, Seite 39, 40.
[2]) Riezler, a. a. O. § 21, Seite 142.
[3]) Titze, a. a. O. Seite 302.

genug, um auch hier getrennt von der Frage nach dem Einfluß des Unmöglichkeit bewirkenden Zufalls behandelt zu werden.

Das römische Recht hat in dieser Richtung keine Entscheidung getroffen.

Ebenso ist die Frage auch heute noch offen geblieben; das Bürgerliche Gesetzbuch enthält ebenfalls nichts darüber. Die Motive begründen das damit, daß „bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine allgemeine Entscheidung über diese Frage nicht angängig sei.“ [1])

Die herrschende Meinung derjenigen, die überhaupt die Frage behandeln, nimmt an, die zufällige Vernichtung des Werkes, die keine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführe, sei auf die Verpflichtung des Unternehmers ohne Einfluß; der Vertrag bleibe bestehen, und der Unternehmer müsse mit der Arbeit von vorne anfangen.

Unter den älteren Schriftstellern zählt Oertmann [2]) als Vertreter dieser Ansicht Cuiacius, Gothofredus, Glück, auf, die sich, wie neuerdings auch Bolze, [3]) auf l. 15 D. 45, 1 berufen zu können glauben. Es heißt dort: Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum: ..et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum dumtaxat expectandum quod deerat, et verius est, ut integrum ei detur. [4])

Die Unrichtigkeit der Bezugnahme auf diese Stelle hat zuerst Goldschmidt [5]) betont, der sich überhaupt gegen eine Wiederaufführungspflicht des Unternehmers richtet. Seine Gründe sind treffend; er meint, die Quellen gäben zu einer „so exorbitanten Haftpflicht“ keinerlei Anhalt, auch l. 15. D. 45, 1 nicht, eine Stelle, „die nur unterscheidet, innerhalb welcher Zeit der

---

[1]) Motive, II. S. 498.

[2]) Oertmann bei Grünhut, a. a. O. Seite 58.

[3]) Bolze, Archiv für civil. Praxis, Bd. 57, Seite 106.

[4]) Derselben Ansicht haben sich neuerdings, allerdings zum Teil unter Verwerfung der Berufung auf oben angeführte Pandektenstelle, namentlich angeschlossen: Puchta, Vorl. § 367; v. Wyß, a. a. O. Seite 98 — Unterholzner, a. a. O. II, Seite 349, sagt: „Wenn die Ausführung keineswegs unmöglich, sondern nur erschwert ist, so bleibt der Unternehmer so lange verpflichtet. —“

[5]) Goldschmidt, Zeitschrift 16, Seite 363. (I. Neue Folge.)

promissor operis die wiederaufgenommene Arbeit zu vollenden hat". Außerdem ist, wie aus der dem genannten Fragmente unmittelbar vorhergehenden l. 14. ersichtlich ist, von gar keiner Werkmiete, sondern von einer stipulatio domum aedificari die Rede, die „eine ganz anders geartete Schuld begründet wie jene, nämlich eine obligatio scricti iuris[1]) im Gegensatz zu der locatio mit ihrer bonae fidei Natur. Daß der Werkmeister gehalten sein sollte, noch einmal seine Zeit und Kraft — vielleicht Jahre lang — in den Dienst seiner Erneuerung zu stellen, „das wäre hart, ja grausam und den im Verkehr üblichen Grundsätzen der bona fides geradezu entgegengesetzt", meint auch Oertmann [2])

Er stellt im Uebrigen die Antwort auf die Frage, wann im Einzelfall eine Befreiung des Unternehmers angebracht sei, dem „gesunden Rechtsgefühl" anheim. Oertmann glaubt für das gemeine Recht sich bei dieser Entscheidung beruhigen zu dürfen, da sie in gewissen Bemerkungen der Quelle Unterstützung finde. So führt er an, daß nach l. 25. § 6 D. 19, 2 auch sonst modicum dammum aequo animo tragen müsse colonus, cui immodicum lucrum non anfertur; daß nach l. 24 § 4. ebenda dem Mieter die nur wenige Tage andauernde Hemmung im Gebrauch der Mietsache im Allgemeinen kein Rücktrittsrecht gebe: „Und so wird man konsequent auch in unserm Falle eine mäßige, das Interesse des Werkmeisters nicht oder nicht erheblich schädigende Erschwerung der Leistung nicht als Befreiungsgrund anerkennen dürfen." Daß es bei wesentlicher Erschwerung anders zu halten sei, läßt sich, wie er meint, wiederum aus l. 60 D. 19, 2 entnehmen, wo es heißt: adeo ut nec cogi quidem posset ex calendis Juliis refecta domu habitare. — Diese Unterscheidung Oertmanns zwischen einer mäßigen und einer wesentlichen Erschwerung der Ausführungsmöglichkeit ist richtig. Aber gemäß obiger allgemeinen Bestimmung des rechtlichen Begriffes Unmöglichkeit, der jedes nach Treu und Glauben anzunehmende „Ausgeschlossensein" der Erfüllung begreift, dürfte für die Frage nach der Herstellungspflicht bei noch bestehender Möglichkeit die wesentliche, außerordentliche Erschwerung der Leistung kaum in Betracht kommen. Das Ergebnis ist jedenfalls das Gleiche: wenn die Herstellung des physisch noch zu bewirkenden Werkes auch vom Standpunkt der bona fides dem Unternehmer, weil nicht erheblich er-

[1]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24 a. a. O. Seite 43.

[2]) Oertmann in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 24 a. a. O. S. 60.

schwert, zugemutet werden kann, – in diesem Sinne möglich ist, so muß in der Regel eine Wiederaufführungspflicht des Unternehmers angenommen werden.

Anderseits muß, demselben Grundsatz von Treu und Glauben entsprechend, die Pflicht wegfallen, wenn das Interesse an der Aufrechterhaltung der Vertragsverbindlichkeiten auch für den Besteller entfällt. Der Interessenmangel kann sich z. B. darin äußern, daß der Besteller das miteingegangene Material nicht noch einmal liefern will. Daß er dazu nicht gezwungen werden kann, ist selbstverständlich; aber daß er den zufälligen Untergang des von ihm gelieferten Materials auf sich nehmen muß, ist — „sachenrechtlich so selbstverständlich, daß Kuhlenbeck[1]) es als eine „Trivialität" bezeichnet, das besonders zu betonen. Darum, will der Besteller den Stoff nicht ersetzen, so kann der Unternehmer nicht dazu gezwungen werden und muß somit auch von der Leistungspflicht befreit sein. Dasselbe ist für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Satz zu folgern, daß „für den zufälligen Untergang oder eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes der Unternehmer nicht verantwortlich[2]) sei: also auch nach dem B. G.-B. braucht der Unternehmer den Stoff nicht zu erneuern oder zu ersetzen; thut das also der Besteller nicht, so gibt er damit seine Vertragsansprüche preis. — Doch dies war nur ein Beispiel; eine Regelung der Frage nach der Wiederaufführungspflicht haben ja weder das römische noch das deutsche bürgerliche Recht getroffen. Allgemein läßt sich somit nur der Satz aufstellen, daß nach Vernichtung des opus die ganze Vertragsverpflichtung entfällt, „wenn die Erfüllung den konkreten Vertragsinteressen zuwider erschwert ist." [3])

2. Bezüglich der Gefahrfrage in dem Sinne, welchen Einfluß die nachträgliche zufällige Unmöglichkeit — mag sie in Vernichtung, Verschlechterung oder Unausführbarwerden des begonnenen Werkes oder in einem sonstigen schon vor Beginn der Arbeit eintretenden Umstand ihren Grund haben — auf den Lohnanspruch des Unternehmers habe,[4]) sind die Lehren des

---

[1]) Kuhlenbeck, a. a. O. Seite 70.

[2]) B. G. B. § 644 Absatz 1 Satz 3.

[3]) Oertmann, Komm. II, Seite 366.

[4]) Von vielen Schriftstellern wird diese Frage allein als die nach der Gefahrtragung bezeichnet.

gemeinen Rechts überaus verschieden und sehr zahlreich. Um daher den eigentlichen Grundgedanken des römischen Rechtes finden zu können, ist eine Durchsicht der diese Frage behandelnden Quellenstellen erforderlich. Denn der ganze Streit der gemeinrechtlichen Schriftsteller beruht fast ausschließlich auf den verschiedenartigen Deutungen der Quellen.

In Betracht kommen davon folgende:

a. l. 10 pr. D. 14, 2: Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomatorum: Si vehenda mancipia conduxisti. pro eo mancipio. quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur, quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.

Der Inhalt der Stelle ist folgender. Es war zwischen zwei Personen eine locatio conductio operis zu Stande gekommen; Vertragsabrede war: Führung einer Heerde Sklaven über See gegen Lohn — si vehenda manicipia conduxisti. Nun ist ein Sklave auf der Fahrt gestorben;

Frage: Wird, da die verabredete Leistung bezüglich dieses Sklaven unmöglich geworden ist, dennoch der Lohn pro eo maniciprio geschuldet? — vectura: Der Lohn für den Transport, Frachtlohn — Labeo antwortet: Nein! Paulus dagegen verwirft diese unbedingte Entscheidung und betont, daß es auf den Vertragsinhalt ankomme: Die Antwort muß sich danach richten, ob der Lohn für die impositi, oder die deportati, die gelandeten, verabredet ist. Wenn das nicht ausgemittelt werden kann, mit anderen Worten, in allen Fällen des Nichtvorhandenseins ausdrücklicher oder stillschweigender abweichender Parteiabrede, kann der Schiffer den Lohn für den Transport jedes Sklaven fordern, dessen Einlieferung er nachweisen kann; ein während der Reise eintretender Unfall bezüglich der einzelnen Transportgegenstände kann dann seinen Anspruch auf die vectura nicht mehr schmälern.

Es stehen sich in dieser Stelle zwei Rechtssätze gegenüber, nämlich der des Labeo: Der Unternehmer kann im Falle zufälliger, nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung den Lohn nicht fordern, — und der des Paulus: Der die in obligatione befindliche Sache treffende Zufall übt auf den Lohnanspruch keinen

Einfluß, es sei denn, daß die Parteien ein anderes bestimmt hätten. [1])

In Geltung muß bei den Römern die Lehre des Paulus gewesen sein; „denn nur aus des letzteren kritischen Bemerkungen dürfte jenen die Labeonische Lehre bekannt geworden sein; nicht für sich, sondern nur in untrennbarer Verbindung mit der sie einschränkenden Note des Paulus, haben sie dieselbe ins **corpus iuris übernommen.**" [2])

Im Gegensatz zu dieser Auslegung sind früher folgende Ausführungen gemacht worden: Es wurde behauptet, die Ansichten der beiden Juristen ständen gar nicht miteinander in Widerspruch. So meint z. B. Mommsen, [3]) der Satz des Labeo werde als allgemeines Prinzip an die Spitze gestellt und „auch von Paulus nicht gemißbilligt. Dieser bemerke vielmehr nur, daß eben vorzugsweise immer darauf zu sehen sei, **quid actum sit.**[4]) Daß Burchardi [5]) sogar für die dem Sinn der Kompilatoren entsprechende Lehre die des Labeo ansieht, scheint mir daraus zu folgen, daß er des Paulus Meinung einfach totschweigt. —

Da, einerseits demselben Buche des Labeo: I pathanorum, entlehnt, die l. 62 D. 19, 2 anderseits eine ähnliche Verbesserung des Labeo durch Paulus enthält wie das letztgenannte Fragment, so kann sie gleich hier folgen. L. 62 D. 19, 2 lautet:

[1]) Dieselbe Auffassung von dem Inhalt der Stelle hat auch Bolze (a. a. O. Seite 88); nach seiner Ansicht haben die Römer die Fracht für den Transport bezahlt; „deshalb bestätigt auch Paulus die Regel des Labeo nicht, sondern gibt sie auf und stellt die entgegengesetzte als richtig hin . . . . Im Zweifel ist die Fracht für den gestorbenen Sklaven zu zahlen; eine Ausnahme findet nur statt, wenn etwas anderes ausgemacht ist."

[2]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. Seite 20.

[3]) Fried. Mommsen, a. a. O. I, Seite 382.

[4]) Neuestens sagt noch Paszotta (a. a. O. Seite 45), ein wirklicher Widerspruch gegenüber der Entscheidung des Labeo liege in dem Ausspruch des Paulus nicht; dieser wolle gar keine allgemeine Norm für den Gefahrübergang beim Warentransport aufstellen, sondern er „stützt sich auf den Sinn des zu Grunde liegenden Vertrages und meint, daß der Wille der Parteien im Falle des Fehlens einer besonderen Abmachung der gewesen sei, daß der Lohn für die verladene Ware dem Unternehmer gezahlt werden solle."

[5]) Burchardi a. a. O. Seite 143.

Labeo libro primo pithanorum: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: immo, si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Es handelt sich wieder um einen Werkvertrag; Gegenstand der Leistung des Unternehmers ist der Bau einer Wasserleitung (rivum). Der Bau ist vollendet (feceras), die Billigung durch den Besteller aber noch nicht erfolgt — probare = die Annahme herbeiführen, d. h. das den Vertragsbedingungen entsprechend hergestellte opus so anbieten, daß die Abnahme erfolgen kann und erfolgen muß —: Da vernichtet ein Erdsturz den Bau — labes corrumpit.

Hier entschied wieder Labeo: tuum periculum est, der Unternehmer muß die Gefahr tragen. Und Paulus belehrt wieder: Es ist zu untersuchen: ob der Schaden soli vitio eingetreten ist oder ob operis vitio; nur im zweiten Fall hat Labeo Recht; im ersten trägt der Locator den Schaden.

Daß auch in dieser Stelle die Meinung des Paulus für das römische Recht maßgebend gewesen sein muß, scheint klar. Merkwürdigerweise gibt das hierfür auch Burchardi[1]) zu, der für die vorige Stelle anderer Ansicht zu sein scheint; er sagt ausdrücklich: „Wir haben l. 62 nur im Sinne Justinians aufzufassen', und legt dann den Satz des jüngeren Juristen aus. Kraft seiner Interpretation vermag allerdings Burchardi auch den Paulus gelten lassen; denn der läßt danach den von Labeo aufgestellten Satz bestehen und modifiziert ihn nur dahin, daß jede der beiden Vertragsparteien doch für ihre culpa aufzukommen hätte. Ebenso hatte schon vor Burchardi Friedrich Mommsen[2]) gesagt, „daß die Bemerkungen des Paulus sich allein auf solche Fälle beziehen, in welchen die Unmöglichkeit der Leistung in einer Verschuldung des locator oder redemptor ihren Grund hat, während er den Ausspruch des Labeo für diejenigen Fälle, in welchen keinem der Kontrahenten eine Verschuldung zur Last fällt, unangefochten stehen läßt."

Eine derartige Uebereinstimmung in den Aussprüchen der beiden Juristen kann nur künstlich herbeigeführt werden, indem man sowohl in dem vitium operis wie in dem vitium soli Mängel sieht, die nur auf Grund subjektiven Verschuldens, sei

[1]) Burchardi, a. a. O. Seite 142 fol. oben.

[2]) Friedrich Mommsen, a. a. O. I., Seite 376.

es des Unternehmers, sei es des Bestellers, den Gegenständen anhaften konnten. Daß ein solches Verschulden Voraussetzung der Entscheidung des Paulus gewesen sei, das legen denn auch beide, Mommsen wie Burchardi, ihrer Interpretation zu Grunde.[1])

Außer dieser wenigstens einheitlichen Auslegung gibt es noch Interpretationen, die zwar für das vitium operis eine culpa des Unternehmers annehmen, es aber doch für unzulässig halten, „um ihr Prinzip zu retten", dem locator eine culpa bezüglich des soli vitium unterzuschieben. Schon die Glosse sieht im operis vitium eine culpa artificis verborgen; natürlich", sagt Oertmann,[2]) „denn nur eine solche soll ja dessen Lohnanspruch auszuschließen geeignet sein." Angeschlossen haben haben sich dieser Auffassung viele gemeinrechtliche Schriftsteller.[3])

Allen Auslegungen steht aber die m. E. richtige Bolzes[4]) gegenüber, der in der Stelle von einer Verschuldung weder des locator noch des conductor eine Andeutung findet; „noch weniger", meint er, „ist man gezwungen, eine solche Verschuldung der Stelle unterzuschieben". Oertmann[5]) giebt als Musterbeispiel von vitium operis den Fall, daß der Baumeister zu seinem Werke äußerlich fehlerfreie Balken oder Träger verwendet, die morsch und brüchig sind und die an sich nicht zu

---

[1]) Während bezüglich des opus Mommsen es als selbstverständlich erachtet, daß das vitium operis eine culpa des Arbeiters voraussetzt, glaubt er (a. a. O. I, S. 376. Anmerkung 12) bezüglich des soli vitium seinen Satz: „Selbst dann, wenn der locator die fehlerhafte Beschaffenheit des Bodens nicht kannte, ist eine Haftung wegen culpa anzunehmen", näher begründen zu müssen. Nach einer kritischen Bemerkung Windscheids (in Heidelb. Zeitschrift II, S. 139, Anmerkung 5) schränkt er die frühere Unbedingtheit seines Satzes ein, meint aber, es werde „regelmäßig an einer culpa des Bestellers nicht fehlen".

[2]) Oertmann bei Grünhut, Bd 24, a. a. O. S. 38.

[3]) So Buchholtz (Zeitschrift für Zivilr. u. Pr. a. a. O. S. 4—11 Bd. 8): „Wenn der Arbeiter den Graben einfältigerweise so steil gemacht hat . . ." Dankwardt (Iherings Jahrb. XIII., a a. O. S. 351, Anmerkung 3) „operis vitio, d. h. durch einen Kunstfehler", Schmoll, a. a. O. S. 40.

[4]) Bolze. a. a. O. Seite 90.

[5]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. Seite 38.

große Belastung in Folge dessen nicht aushalten. Ein allgemeinerer Ausdruck als vitium soli, der aber genau dasselbe bezeichnet, ist das „vitium materiae" aus der bereits erwähnten l. 13. § 5. D. 19, 2, das ebensowenig auf ein schuldhaftes Verhalten des das Material Liefernden hinweist. Diese Ausdrücke sollen eben nach Paulus nur einen unglücklichen Zufall bedeuten, der einmal in dem opus des Unternehmers seine Ursache hat und darum ihn treffen muß, ein anderes Mal in dem solum des Bestellers, oder überhaupt in dem von ihm gelieferten Stoff, materia, und darum von ihm zu tragen ist.

Weitere aus dem Titel locati conducti des 19. Buches der Digesten in Betracht zu ziehende Stellen sind:

l. 15, § 6: Die Stelle ist genommen aus Ulpians 32. Buche „ad Edictum": Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutuo acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.

Der alte Lesartenstreit, ob nämlich an Stelle des schon in der Florentina vorhandenen repeteretur nicht repeteret zu setzen sei,[1]) ist nunmehr erledigt. Denn einmal hat — und das ist, wenn nicht ausschlaggebend, so doch in unserm Falle zu berücksichtigen — die heute allein noch als maßgeblich allgemein anerkannte Ausgabe von Paul Krueger und Theodor Mommsen „repeteretur"; außerdem würde wie Oertmann[2]) nachweist jener Gewaltstreich aus dem Regen in die Traufe führen, indem neue Schwierigkeiten auftauchen, die wieder nur mit gewaltsamen Unterschiebungen beseitigt werden könnten.

Der Inhalt der Stelle ist nun der: Gegenstand des von dem procurator Caesaris mit dem quidam abgeschlossenen Werkvertrages ist ein Warentransport über See. Der Unternehmer bekommt — vielleicht, weil er Geld nötig hatte — den Fahrlohn voraus — vecturam quam pro mutuo acceperat. Nun trifft das Schiff ein Unfall, der es scheitern macht. Es fragt sich, ob der quidam auf Rückgabe des Empfangenen angehalten

[1]) Wie Friedr. Mommsen a. a. O. I, Seite 383, thut und ebenso Puntschart a. a. O. S. 464, der allerdings zugibt, daß die Handschriften „ohne Abweichung" repeteretur setzen.

[2]) Oertmann bei Grünhut a. a. O. Seite 22 f.

werden könne — repeteretur. Der Kaiser Antoninus antwortet: ja, denn der Untergang des Schiffes hat den Unternehmer gehindert, seine Pflicht zum Transport zu erfüllen — **munere vehendi functus non est.**[1])

Der Schluß der Stelle soll nur dem Irrtum vorbeugen, daß der in ihr aufgestellte Satz nur für den kaiserlichen Beamten gelte.

l. 33: Africanus libro octavo quaestionum: Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non etiam ut id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi — Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam **mercedem remittere aut reddere debebis.**

Die Stelle behandelt drei verschiedene Fälle nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit von Leistungen aus drei verschiedenen Verträgen, nämlich 1. aus einer locatio conductio rei, 2. aus einer locatio conductio operis, 3. aus einer emptio-venditio. Die beiden letzteren sind nur als Belege für den Satz herangezogen, den Africanus für den ersten Fall aufstellt.

[1]) Gegen eine derartige Auslegung ist nur eingewendet worden, die Stelle behandele einen Fall der locatio conductio operarum, nicht operis. Doch hat dem schon Mommsen (Friedrich M. a. a. O. I, Seite 383) widersprochen und dafür, daß der Transport von Sachen oder Personen als Gegenstand einer locatio conductio operis eingesehen wurde, eine Reihe von Belegstellen gebracht a. a. O. III, S. 80, Anmerkung 25). Zu diesen gehört auch die oben ausgelegte l. 10 D. de lege Rhodia de iactu (14, 2).

Gänzlich möchte ich den letzten Fall außer Betracht lassen, den der emptio-venditio — von nam bis tradi —; das kann und muß geschehen, da er in die vorliegende Frage in keiner Weise einschlägt und eine Erörterung der an ihm auftauchenden Zweifel nur verwirrend sein würde.

Bezüglich des ersten Falles hat nun Africanus den Satz aufgestellt: Trifft die von dem locator zur Benutzung gestellte Sache das Unglück einer publicatio, so trägt der locator die Gefahr — nicht in dem Sinn des an den Anfang der Stelle gesetzten indirekten Satzes teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat; das berichtigt eben Africanus. Vielmehr besteht die Gefahr für den locator darin, daß er die Leistung des andern für den unmöglichen Teil seiner eigenen Verpflichtung nicht fordern kann, bezw. da sie im vorliegenden Fall „pränumerando" geleistet war, sie insoweit zurückzahlen muß — ut mercedem quam praestiterim restituas — Natürlich nur „insoweit", fügt Africanus hinzu; Interesse wird nicht geschuldet, da kein Fall schuldhaft herbeigeführter Unmöglichkeit vorliegt.

Da der Jurist dieselbe Regel für die locatio conductio operis als zweifellos und keines Beweises bedürftig erachtet, führt er einen Fall aus diesem Vertragsverhältniß als Beispiel und Beleg für die Richtigkeit seiner Lehre auf: Jemand hat einen Hausbau verdungen; ein Erdrutsch vernichtet sein Grundstück und macht so das Werk unmöglich — solum corruisset. Der locator trägt die Gefahr — nihilo minus teneberis: er haftet auf den Werklohn.

Daß dieser Fall umgekehrt liegt wie der erste[1]), beeinträchtigt nicht den Grundgedanken der ganzen Stelle. Der Vertragsanspruch desjenigen Vertragsteils wird durch Zufall vernichtet, in dessen zur Erreichung des Vertragszweckes gelieferter Sache der Unfall eintritt. Von einem Verschulden der betreffenden Partei wird auch hier nichts angedeutet.[2])

Geleugnet wird von Bolze[3]) die Natur des zweiten Geschäfts als eines Werkvertrages; er meint nämlich, es sei ebenfalls eine locatio conductio rei, und zwar „Vermietung eines erst zu erbauenden Häuserkomplexes im Ganzen

---

[1]) Die Umstellung der Bezeichnungen von locator bei der Sachmiete in conductor bei der Werkmiete ist bekannt.

[2]) Burchardi (a. a. O. S. 142 f.) setzt dagegen eine Schuld des Verdingers voraus.

[3]) Bolze, a. a. O. S. 93, Anmerkung 19.

mit vorausbezahlter Miete". Doch kann davon keine Rede sein; denn wenn schon in l. 62 angenommen wurde, daß rivum faciendum locare einen Werkvertrag auf Erbauung einer Wasserleitung darstelle[1]), so ist es nur folgerichtig, hier denselben Sinn derselben Satzkonstruktion zu entnehmen; ist doch auch kein Anhaltspunkt für eine andere Auslegung vorhanden. Im Gegenteil:

Wie Oertmann[2]) schon bemerkt würde das nihilo minus bei Annahme einer Sachmiete dem Zusammenhang gar nicht entsprechen; denn wenn das teneberis, wie Bolze meint, auf Rückzahlung pränumerierter Miete ginge, so würde dieses teneberis doch nicht „trotz", sondern höchstens „wegen" des Einsturzes statt haben. —

l. 36: Florentinus libro septimo institutionum. Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Zwei Fälle werden hier unterschieden:

1. Ein Werkvertrag ist in der Weise abgeschlossen, daß der Lohn für das opus „in Bausch und Bogen", für das Ganze, aversione, bestimmt ist: dann trägt der Unternehmer das periculum; der Gefahrübergang soll sich mit der approbatio vollziehen.[3])

2. Der Lohn soll nach einem bestimmten Satz für jeden fertig gestellten Teil berechnet werden — in pedes mensurasve, nach Fuß und Maß, stückweise: Hier wird mit der admensio, mit der Zumessung von Ware einer-, Lohn anderseits, die Gefahr auf den Besteller übertragen. — Natürlich nur insoweit, als wegen Vertragsmäßigkeit der Lieferung

---

[1]) Die Konstruktion entspricht durchaus den Regeln der lateinischen Sprache.

[2]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24 S. 26.

[3]) Vergleiche l. 62.

der Lohn zuerkannt werden kann und zuerkannt wird — eatenus — quatenus.

Florentinus, der diese beiden Sätze im Anschluß an die bereits von Paulus zurückgewiesene Lehre des Labeo nochmals voranstellt, fügt ihnen indes sogleich Einschränkungen hinzu, die den Widerspruch zwischen ihm und den übrigen Juristen Roms aufheben:

1. Wenn der Grund, daß durch das zufällige Ereigniß die Erreichung des Vertragszieles verhindert werden konnte, beim Besteller gelegen hat — si per eum steterit, quo minus opus approbetur vel admetiatur —, so muß er den Schaden tragen — nociturum locatori. —

Ein Verschulden, eine vorsätzliche oder fahrlässige Verhinderung, ist durch das per eum stare nicht ausgedrückt, liegt wenigstens nicht notwendig darin. Kann doch auch ihn ein zufälliger Umstand an der Annahme, Untersuchung, Preiszumessung gehindert haben!

2. Tritt Unmöglichkeit der Leistung in Folge von vis maior ein, so geht auch schon vor der approbatio die Gefahr auf den Besteller über, wenn nicht das Gegenteil bestimmt ist. Denn aus einem Ereigniß, das auch er nicht hätte vorhersehen oder abwenden können, soll er keinen Vorteil ziehen, das sagt der Schlußsatz

Bei einer solchen Auslegung ist zunächst vorausgesetzt, daß der Ausdruck periculum in dem ganzen Fragmente nur die Folgen des Zufalles im Gegensatz zur culpa begreift. Begrifflich möglich ist es ja, wie oben ausgeführt, das periculum auch den schuldhaft herbeigeführten Schaden bedeutet.

Im Anschluß an die Glosse haben denn viele Schriftsteller hier auch thatsächlich angenommen, periculum bedeute mit Bezug auf den conductor das periculum culpae während es nur hinsichtlich des locator des periculum casus bezeichne.[1])

[1]) Mit Hasse, a. a. O. Seite 287 f., Göschen, Vorl. II. a. a. O. S. 391, Sintenis, a. a. O. II S. 679, Anmerkung 148, nimmt das namentlich auch v. Buchholtz (v. B. a. a. O. S. 4 ff.) an, der aus culpa auch operis vitium hervorgehen und nur in den Fällen der culpa eine Gefahrtragung des redemptor eintreten läßt; er führt einen Satz von Sintenis als Belag seiner Auffassung an, in dem es heißt: „In Fragm. 36 bedeutet periculo est nur die Folge der culpa, also was in anderen Stellen vitiosum opus und operis vitium ist."

Gegen diese Auffassung hat sich Burchardi[1]) gewandt, der meint, „es würde doch eine große Unklarheit des Ausdrucks sein, wenn periculum von dem Verfasser „uno tenore" bald auf den casus, bald auf die culpa bezogen worden wäre; und diese Begründung scheint nur einleuchtend zu sein." [2])

Ebenso falsch ist der Doppelsinn, den Goldschmidt[3]) in das periculum an dieser Stelle legt, „es sei nämlich, meint er, zu Anfang der Stelle nur die Gefahr gemeint, daß der conductor den Anspruch auf den Lohn verliere, am Schluß dagegen die, daß der locator keinen Anspruch auf die Leistung habe." Bolze[4]) bemerkt sehr richtig dagegen: „Man braucht nur einmal die Stelle nach dieser Auslegung auseinander zu legen, um sich davon zu überzeugen, daß sie so nicht verstanden werden kann".

Eine weitere Voraussetzung für die angenommene Deutung der Stelle ist der Gegensatz von Zufall und höherer Gewalt, der deutlich genug zum Ausdruck gebracht ist. Mommsen[5]) leugnet das jedoch, indem er gegen Glück[6]) vorgeht, der den Gegensatz schon in seinen Pandekten hervorgehoben hatte. Mommsen meint, „eine ähnliche Unterscheidung komme zwar bei dem receptum der nautae, caupones und stabularii vor; sie sei aber so durchaus exceptionell, daß man sie nur auf Grund völlig klarer Zeugnisse für die locatio operis annehmen könnte"; „an solchen fehlt es aber durchaus, und auch l. 36. kann als solches Zeugniß nicht gelten." [7])

Indes wird von der Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller diese Auslegung nicht gebilligt; insbesondere hält

---

[1]) Burchardi, a. a. O. S. 136.

[2]) So haben sich denn auch Friedrich Mommsen (a. a. O. I Seite 372), Bolze (a. a. O. S. 98), Puntschart a. a. O. S. 435) u. A. der anderen Auffassung nicht angeschlossen. Neuerdings spricht sich auch Oertmann (bei Grünhut a. a. O. S. 30 f.) ausdrücklich dagen aus Er hebt hervor, daß die Stelle zumteil geradezu falsch entschiede, wenn jene Ansicht richtig wäre; denn sie würde den Unternehmer beim opus in pedes mensurasve inbezug auf die bereits zugemessenen Stücke der Haftung für Verschulden einfach entheben.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. Bd. 16, S. 363 f.

[4]) Bolze, a. a. O. S. 98, Anmerkung 33.

[5]) Friedrich Mommsen, a. a. O. I S. 374, Anmerkung 10.

[6]) Glück, Bd. 17, S. 439 II.

[7]) Auch Burchardi (a. a. O. S. 17) macht die Unterscheidung nicht, und v. Buchholtz (a. a. O. S. 6) stellt die vis maior der vis aliqua gleich.

sie auch Bolze[1]) für irrtümlich. Puntschart[2]) unterscheidet zwischen einem „einfachen und einem qualifizierten Unfall."

Puchta[3]) bringt dafür einen neuen Gegensatz in die Stelle hinein; er unterscheidet nämlich, ob das Werk vor der Vollendung unmöglich wird oder ob es nachher untergeht; und diese Unterscheidung glaubt er in der Stelle ausgedrückt zu sehen. Auch Mommsen[4]) stützt sich in seiner Auslegung auf diesen Gegensatz, von dem er zwar zugibt, daß er nicht ausdrücklich hervorgehoben werde; Es ist „nicht ausdrücklich erwähnt, daß die vis maior nach der Beendigung des opus eingetreten sei", „aber", meint er, „der Jurist konnte um so eher dazu gelangen, dieses nicht ausdrücklich hervorzuheben, als unmittelbar vorher von einer durch mora des locator gehinderten Approbation, welche notwendig eine Beendigung des Werkes voraussetzt, die Rede gewesen war. Zudem setzt auch das intercidere des opus (opus interciderit) ein Vorhandensein desselben voraus, wenn auch nicht gerade notwendig die völlige Beendigung des opus."[5])

Zwei schwache Seiten seiner Lehre räumt also Mommsen selbst ein, nämlich einmal, daß die Stelle nach ihrem Wortlaut keinerlei Anhalt zu seiner Auslegung bietet, zum Andern, daß das intercidere „nicht notwendig" die völlige Beendigung des Werkes voraussetzt. Aber auch Windscheid[6]) glaubt nicht, „daß ein unbefangener Leser aus der l. 36 jemals herauslesen wird, daß sie am Anfange von einem unvollendeten, am Schluß von einem vollendeten Werke spreche". Für v. Buchholtz[7]) ist es „gleichgiltig", ob die vis maior das Werk vor oder nach der Vollendung treffe, und Bolze[8]) hält auch die Auslegung für irrtümlich, „welche für den nach der Vollendung eintretenden Zustand etwas Anderes gelten lassen will,

---

[1]) Bolze, a. a. O. Seite 98.

[2]) Puntschart, a. a. O. S. 435.

[3]) Puchta, a. a. O. S. 367.

[4]) Mommsen, Friedrich, a. a. O. I. S. 373.

[5]) Auch Burchardi, a. a. O. S. 137 ff. bezieht das periculum locatoris nur auf den Fall, wenn das opus nach der Vollendung und vor der Approbation untergeht.

[6]) Windscheid, Heidelb. Zeitschr. II, S. 141.

[7]) von Buchholtz, a. a. O. S. 7 — er nennt die vis maior allerdings „reinen Zufall".

[8]) Bolze, a. a. O. S. 98.

als für den vorher eintretenden". „Warum sollte", meint endlich Oertmann[1]) „mit dem Worte opus nur das fertige, nicht auch das begonnene Werk bezeichnet werden?"

Daß endlich Florentinus in der angegebenen Stelle den Fall unberührt läßt, daß das Werk einer Abnahme oder einer admensio an sich unfähig ist, läßt sich mit Burchardi[2]) dahin erklären, „daß es Florentinus, der für einen Institutionisten schrieb, nur daran gelegen war, eine praktische Regel zu geben, eine Regel, welche auf die praktisch wichtigsten und häufigsten Fällen anwendbar war". Und das sind regelmäßig die, in denen es sich um Herstellung eines sog. materiellen opus handelt; „hat in solchen Fällen der Gegenstand, welcher produzirt werden soll, nur einigermaßen Wert, so pflegt immer ausgemacht zu werden, daß die Arbeit von der Approbation abhängig gemacht sein soll."

l. 37: Javolenus libro octavo ex Cassio: Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

Wie schon bei l. 62 erwähnt, kann probare außer „billigen" auch bedeuten „ein Beweisen, daß etwas Tüchtiges und Ordentliches ausgeführt ist, und ein Bewirken, daß das Ausgeführte gefällt."[3])

Javolenus sagt nun: Wenn der conductor die Approbation thatsächlich auch nicht herbeigeführt hat, wenn er aber beweisen kann, er habe das Werk fertig gestellt, und zwar so fertig gestellt ut probari deberet, daß die approbatio nicht ausbleiben durfte, so soll die Gefahr eines Untergangs durch vis aliqua den Besteller treffen. Natürlich muß in diesem Falle das Werk vollendet sein; denn sonst kann es ja nicht approbirt werden. Das Ereigniß, das den Werkmeister befreit, braucht aber nun keine vis maior mehr zu sein: vis aliqua bedeutet eben nur den einfachen Zufall, wie labes in l. 62 auf einem solchen beruht. Die vorhergehende Stelle hatte gesagt: Bei vis maior trifft der Schaden den Besteller, gleichgiltig, ob das Werk angefangen oder vollendet ist; hier wird ausdrücklich für

---

[1]) Oertmann bei Grünhut, a. a. O. Seite 33.

[2]) Burchardi, a. a. O. S. 137 f.

[3]) Paszotta, a. a. O. Seite 45. Als Beleg bringt er die Begriffsbestimmung aus Porcellini Lexikon: probo est: probum perfectum, recte factum esse ostendo et, ut placeat, efficio.

vis aliqua die Einschränkung gemacht, daß gänzliche Befreiung frühestens mit der Vollendung des Werkes eintreten kann, und auch dann nur unter der Voraussetzung, daß von des Unternehmers Seite alles zur Erreichung des vereinbarten Vertragszieles Erforderliche gethan ist.[1])

Daß vis aliqua keine höhere Gewalt sei, betont auch Gerth[2]); ebenso glaubt Oertmann[3]) „durch nichts zu der Annahme genöthigt zu sein, daß vis aliqua eine höhere Gewalt im technischen Sinne bezeichne."

Von anderen werden dagegen vis maior in l. 36 und vis aliqua in l. 37 als Ausdrücke behandelt, die trotz ihrer äußerlichen Verschiedenheit beide dasselbe zu bedeuten hätten. So natürlich von denjenigen, die sogar unter vis maior nur einen gemeinen Zufall verstehen wollen; sie legen auch in vis aliqua nichts Anderes hinein[4]) Von den Uebrigen aber werden beide Ausdrücke als qualifizirte Zufälle gedeutet.[5])

l. 59: Javolenus libro quinto Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

Die Stelle spricht von einem Werkvertrag, gerichtet auf Erbauung eines Hauses. Das Werk ist bereits in Angriff genommen und zum Teil fertig gestellt, da stürzt das Gebäude in Folge einer Erderschütterung ein — terrae motu.

Sabinus entscheidet die Frage nach der Gefahrtragung dahin, daß zu untersuchen sei, ob vi naturali hoc acciderit in dem Falle treffe der Schaden den Besteller.

---

[1]) Aehnlich Schmoll (a. a. O. Seite 39). — Nur kann l. 36 nicht als durch l. 37 modifiziert aufgefaßt werden; die letztere ergänzt die andere höchstens in dem Sinne, daß sie die von l. 36 nicht berührte Frage beantwortet: Kann nicht auch zwischen der Vollendung und der Approbation die Gefahr schon endgiltig von dem Besteller getragen werden?

[2]) Gerth, a. a. O. S. 66.

[3]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. S. 34.

[4]) Mommsen, Friedrich (a. a. O. S. 375) 3—6, der in der l. 37 nur eine Wiederholung des Satzes aus l. 36 sieht mit der ausdrücklichen Beschränkung auf den Fall, si tale opus fuit, ut probari deberet.

[5]) Dankwardt, a. a. O. S. 352; Paszotta, a. a. O. S. 45, und Puntschart, a. a. O. S. 448

Was heißt aber vi naturali. veluti terrae motu?

Während diejenigen Schriftsteller, die überhaupt von einer technischer höheren Gewalt nur in ganz seltenen Ausnahmefällen etwas wissen wollen, selbstverständlich auch hier von einer solchen nichts angedeutet finden, schweigen andere Interpreten ganz von dieser Frage. Homann[1]) dagegen, der in vis aliqua der vorhergehenden Stelle allerdings nur ein kasuelles Ereigniß im Allgemeinen, im Gegensatz zum kulposen, sieht, meint, man müsse hier „unter terrae motus eine vis maior verstehen, also wohl ein Erdbeben."

Die weitergehende Gerth'sche[2]) Ansicht läßt es dagegen dahingestellt, ob unter terrae motus „ein eigentliches Erdbeben zu verstehen sei oder nur ein Nachgeben oder Einsinken des zu lockern oder sumpfigen Bodens unter der Last des darauf errichteten Gebäudes." Jedenfalls ist die vis naturalis keine höhere Gewalt in irgend einem technischen Sinne; es „genügt, daß das Ereignis nicht vitio operis, für das der conductor einzustehen hat, eingetreten ist." Dieser — meines Erachtens richtigen — Anschauung schließt sich auch Oertmann an[3]). „da eine Beziehung der in der Stelle gebrauchten allgemeinen Ausdrücke auf den speziellen Fall der höhern Gewalt nicht ohne Weiteres unterstellt werden kann."

Merkwürdig scheint aber an der Stelle noch, daß sie von einem teilweise fertigen Werke spricht und dennoch das volle periculum dem Besteller aufbürdet. Und dabei heißt es periculum schlechthin; von einer Teilung ist keine Rede.

Für Mommsen[4]) bleibt nicht wohl etwas Anderes übrig, als anzunehmen, daß in dem zur Frage stehenden Fall der Bau nicht als Ganzes, sondern in der Weise verdungen war, daß eine teilweise Ablieferung stattfinden sollte, und daß im vorliegenden Fall ein Teil, dessen Abnahme hätte verlangt werden können, wie z. B. ein Flügel des Gebäudes, beendigt war.[5]) Windscheid[6]) erklärt diese Auffassung für völlig willkürlich, da

---

[1]) Homann. a. a. O. Seite 27. Ebenso Dernburg, Pandekt II § 113 Anmerkung 24.

[2]) Gerth, a. a. O. S. 66.

[3]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24 a. a. O. S. 36.

[4]) Friedr. Mommsen, a. a. O. I S. 378.

[5]) Dieselbe Ansicht wird von Burchardi (a. a. O. S. 144) wörtlich aufgenommen.

[6]) Windscheid, Heidelb. Zeitschrift II, S. 140.

die Stelle kein Wort von einer Verdingung nach Teilen enthalte.

Es ist aber auch gar nicht notwendig, zu einem derartigen Mittel zu greifen, um die Stelle mit den bisher angeführten in Einklang zu bringen. Denn nach der dargelegten Bedeutung von vis naturalis wird hier nur festgestellt, daß durch ein zufälliges Ereigniß, das seine Ursache nicht in einem vitium operis hat, aber auf dem Boden des Bestellers seine Wirkung äußert, der Werkmeister auch schon vor der Approbation, ja vor der völligen Beendigung der Arbeit, befreit wird und den Lohnanspruch trotzdem behält. —

b. Eng schließen sich die Theorien des fortgebildeten römischen, des sog. gemeinen, Rechts über die Gefahrfrage beim Werkvertrag an diese Quellen und deren verschiedene Auslegungen an.

α) Sie sind so zahlreich, daß sogar über die Gruppirung der in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Lehren abweichende Ansichten möglich sind und thatsächlich bestanden haben.[1]) Die beste Einteilung ist offenbar die von Oert-

---

[1]) Jedenfalls unrichtig erscheint die Gruppierung, die in den Motiven zum bürgerlichen Gesetzbuch zu finden ist (Motive II, Seite 497). Danach sollen drei Ansichten bestanden haben, die sich folgendermaßen gruppieren:

Erste Gruppe: Als Regel gilt: Die Gefahr geht mit der Approbation auf den Besteller über; vorher trägt der Unternehmer die Gefahr; eine Ausnahme soll gelten für den Fall, daß das vollendete oder noch in der Entstehung begriffene Werk vor der Approbation durch höhere Gewalt untergeht; in diesem Fall hat der Unternehmer Anspruch auf die Gegenleistung.

Zweite Gruppe: Die Vollendung des Werkes soll entscheiden; der Unternehmer trägt die Gefahr vor der Vollendung; zwischen Vollendung und Approbation trägt schon der Besteller die Gefahr; sofern nur das Werk abnahmefähig war.

Dritte Gruppe: Auch vor der Vollendung kann der Unternehmer für den vertragsmäßig hergestellten Teil verhältnismäßige Vergütung beanspruchen.

Diese Darstellung der gemeinrechtlichen Theorien läßt vor allen Dingen die Schriftsteller unberücksichtigt, die den Besteller auch vor der Vollendung grundsätzlich die Gefahr tragen lassen; ebenso diejenigen, die, wie Oertmann sich ausdrückt, eine grundsätzliche „qualitative" Gefahrteilung wollen.

mann[1]) gewählte; sie läßt sich im Wesentlichen befolgen. Jedoch kann man nicht zu der Gruppe der von ihm sog. Mittelanschauungen, die eine Gefahrteilung wollen, diejenigen rechnen, nach denen diese, wie Oertmann sich ausdrückt, „quantitativ" vollzogen werden soll. Quantitativ soll die Gefahrteilung sein, nach der dem Werkmeister bei Unmöglichwerden bezw. Vernichtung des opus ein der schon aufgewendeten Arbeit entsprechender Teil des Lohnes zugebilligt wird.

Wenn nun eine Benutzung des Begriffes Gefahrteilung überhaupt gewagt, jedenfalls äußerst gefährlich ist, quantitativ ist eine solche kaum denkbar. Denn wenn diejenigen, die im Prinzip dem Besteller die Gefahr aufbürden, ihn nur den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Lohnes zahlen lassen, so entspricht das nun dem Grundsatz von Treu und Glauben; würden sie ihm nämlich zumuten, die ganze vereinbarte Gegenleistung zu machen, so würden sie entweder etwas verlangen, das wider den Satz ist: dolo petit qui petit id quod redditurus est, oder zugeben, daß sich der Unternehmer auf des Bestellers Kosten bereichere: Da kann also doch von einer Gefahrteilung nicht gesprochen werden. — Wenn weiter diejenigen, die als Grundsatz wollen, daß der Unternehmer die Gefahr trage, ihm trotzdem eine seinen Auslagen und seiner Arbeit entsprechende Lohnquote zubilligen, so kann man auch hierfür nicht allgemein den Begriff der Gefahrteilung anwenden. Denn wenn die Unmöglichkeit in einem Zeitpunkt eintritt, da der Unternehmer die Arbeit kaum begonnen hat, die Aufwendung an Zeit, Geld und Arbeit also fast gleich Null ist; wenn er also nach dieser Theorie eine nur ganz mäßige, kaum zu rechnende Vergütung bekommt, während ihm der vielleicht ungeheure Schaden, den er durch Ablehnung anderer Aufträge hat, nicht ersetzt wird -- so ist die Gefahrtragung auf des Bestellers

---

Richtiger, doch auch unvollständig erscheint die Aufzählung Victor Ehrenbergs (bei Iherings 27, a. a. O. S. 268 ff.) der in folgender Weise einteilt:

Erste Gruppe: Den Unternehmer soll der Zufall gar nichts angehen.

Zweite Gruppe: Den Besteller soll er nichts angehen.

Dritte Gruppe: Mittelmeinung: Für die bisher aufgewendete Arbeit soll der Besteller die Gefahr tragen und den Unternehmer entschädigen; für die unmöglich gewordene Weiterführung dagegen kann kein Ersatz beansprucht werden. —

[1]) Oertmann bei Grünhut, a. a. O. Seite 5 ff.

Seite jedenfalls so gering, daß „Gefahrteilung" merkwürdig klingen muß. Wenn umgekehrt das Werk zu 99 Teilen von 100 beendigt ist, der dem Aufwande entsprechende Lohn also fast gleich dem vereinbarten Lohne ist, und nun die Vertragserfüllung durch Zufall unmöglich wird, so lastet doch wohl in Wahrheit die Gefahr auf dem Besteller, und ihm muß der Ausdruck „Gefahrteilung" euphemistisch vorkommen.

Deshalb werden die Schriftsteller, die so lehren, besser den Gruppen derjenigen Ansichten zugerechnet, von denen auch sie ausgehen.

Die verschiedenen Beantwortungen der Gefahrfrage, natürlich nur als der Frage nach dem Lohnanspruch bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistung, können demnach etwa in folgender Weise gruppirt werden:

I. Die erste Gruppe ist die der Schriftsteller, welche das Grundprinzip der Gefahrtragung des Unternehmers aufstellen. In dieser Gruppe weichen die Ansichten ab:

1. bezüglich der Dauer der Haftung, indem der Unternehmer

a) nach einigen bis zur Vollendung des Werkes,

b. nach anderen bis zur approbatio die Gefahr tragen soll;

2 hinsichtlich der Durchbrechungen des Grundsatzes, indem

a. von einigen das Prinzip ganz schroff durchgeführt wird,

b), α. von anderen ganz allgemein „Modifikationen aus billiger Berücksichtigung der aufgewandten Arbeit" zugelassen werden,

β. von wieder anderen gelehrt wird, es sollten nur als Ausnahmefälle gewisse Zufälle dem Besteller zur Last gelegt werden.

II. Die zweite Gruppe begreift die Schriftsteller, die der Ansicht sind, der Besteller habe die Gefahr auf sich zu nehmen; und zwar soll er

1 nach einigen in schroffer Weise die ganze Gefahr tragen,

2. nach anderen nur unter entsprechendem Abzug des von dem Unternehmer nicht aufgewendeten Lohnteils

III. Eine dritte Lehre, die in ihren Grundideen schon von älteren Schriftstellern ausgesprochen ist, der jedoch erst moderne

Juristen eine bestimmte Form zu geben versucht haben, ist die, welche Oertmann [1]) als die der „qualitativen Gefahrteilung" bezeichnet. Daß es kaum möglich ist, dieser Anschauung eine knappe Form zu geben, mag auch Oertmann eingesehen haben; denn er begnügt sich, die verschiedenen Schattierungen zu kennzeichnen, unter denen die Lehre von ihren Anhängern vorgetragen wird. Neuestens wird betont, es komme darauf an, in wessen „Sphäre„ sich der Unfall ereignet habe.

β) Vertreten wird nun die Anschauung:

I. Daß der Unternehmer die Gefahr, und zwar

I. a) bis zur Vollendung des Werkes trage, vor allen von Friedrich Mommsen [1]): Er nimmt an, „daß der redemptor, wenn die kasuelle Unmöglichkeit erst nach der kontraktmäßig erfolgten Beendigung des opus eingetreten ist, immer die Gegenleistung in Anspruch nehmen kann, daß ihm dagegen kein Anspruch auf die Gegenleistung, ja regelmäßig nicht einmal ein Anspruch auf einen Teil derselben zusteht, wenn durch das kasuelle Ereigniß die Vollendung des opus gehindert wird." Diese zunächst nur „aus inneren Gründen abgeleitete" Ansicht galt nach Mommsen kraft seiner Quellenauslegung schon bei den Römern. Wenn in l. 36. vis maior wirklich nur den gewöhnlichen Zufall bedeutet, wenn wirklich hier der Untergang vi maiore in die Zeit nach Beendigung des Werkes fällt — so heißt es ja ausdrücklich in der Stelle, daß nach der Vollendung, aber schon vor der approbatio locatoris periculum est auch l. 37 dient dann als Belag: si tale fuit opus, ut probari deberei. Wenn wirklich in l. 62 der Ausspruch des Paulus keine Verbesserung von Labeos Lehre ist, sondern Paulus nur die Folgen der culpa hervorheben will; wenn wie diese lex auch der Anfang von lex 36 „mit Rücksicht auf l. 37 dahin zu beschränken ist", daß Florentinus und Labeo den Anspruch des conductor nur von dem Beweise der vertragsmäßigen Beschaffenheit abhängen, vor der approbatio schon vorhanden, aber bedingt sein lassen wollen — so stehen auch diese leges in keinem Widerspruch zu Mommsens Lehre. Auch l. 59 nicht; denn hier ist ja das Werk so verdungen, „daß eine teilweise Ablieferung stattfinden sollte"! In solchen Fällen wird nach Mommsen für alles vertragsmäßig Fertiggestellte, auch wenn es noch nicht zugemessen ist, der vereinbarte Lohn geschuldet. Wenn endlich l. 33 einen Widerspruch zu dem bisher Angeführten zu enthalten scheint, so „müssen wir sie mit den anderen

[1]) Friedrich Mommsen, a. a. O. I, Seite 370 ff.

zu vereinigen suchen." „Es bleibt hier aber nur die Wahl, entweder zu supponiren, daß das Werk bereits beendigt war, oder daß der locator einen fehlerhaften Platz zum Bau angewiesen hatte und dies die Ursache des Einsturzes war."

Daß für Werke, bei denen es einer approbatio nicht bedarf, „selbstverständlich nur die Beendigung des opus der entscheidende Zeitpunkt sein kann, bis zu dem der Redemptor die Gefahr trägt", das beweist für Mommsen die lex 10 pr. D. 14, 2; denn nach seiner Auslegung läßt ja an dieser Stelle Paulus die Lehre des Labeo voll gelten, die allerdings dem conductor die Gefahr aufbürdet. — Richtig ist, daß es sich nur um eine glückliche Vollendung des Transportes handeln kann; denn von einer approbatio ist da keine Rede. — Einen letzten Beleg bietet für Mommsen l. 15 §. 6 D. 19, 2. [1])

[1]) Daß schon Unterholzner (a. a. O. Seite 351) den Augenblick der Vollendung für den entscheidenden ansieht, drückt sich deutlich in seinen Worten aus: „Wenn die Sache oder das daraus Gefertigte nach vollendeter Geschäftsbesorgung, aber noch vor Ablieferung zu Grunde geht, so muß dennoch der bedungene Lohn entrichtet werden." NB. Auch U. versteht den Ausdruck periculum in l. 36 in diesem Sinne.

An Mommsen schließt sich Brinz (Pand. § 277) an; er geht davon aus, „daß in dem Satze der Aelteren: casum sentit dominus" die Gefahrfrage „noch immer treffender" geregelt scheine, als die Prinzipien der Neueren es mit sich bringen: „Buchstäblich, wenn man den dominus als den Eigentümer auffaßt, trifft die Sache nicht zu", das räumt Brinz ein. „Denkt man aber unter dominus weiter einen Jeden, der nach Maßgabe der Obligation die in obligatione befindliche Sache einerseits gut hat, anderseits nun auch haben muß, dann trifft der Satz allenthalben zu." „Bei der locatio conductio operis muß der Verdinger das Werk von der Approbation, ja von dem Augenblick an, wo das Werk probemäßig fertiggestellt ist, haben."

Bei Burchardi (a. a. O. S. 138), der sich eng an Mommsen anschließt, finden wir den Unterschied gegenüber der Mommsen'schen Darstellung, daß er in den Fällen, in denen die Abhängigkeit des Lohnanspruches von der approbatio besonders vereinbart ist das periculum auch erst mit der approbatio übergehen läßt; während Mommsen auch in diesen Fällen den Beweis vertragsmäßiger Beschaffenheit des Werkes der approbatio gleichstellt.

Eine weitere Abweichung liegt darin, daß Burchardi im Gegensatz zu Mommsen in l. 62 den Labeo durch Paulus verbessert wissen will; Burchardi beweist aus dieser Stelle, daß der Unternehmer nach der Anfertigung des opus noch für dessen Fehler haften müsse, also noch für culpa einstehen müsse, für die empfangbare Qualität des Werkes.

Andere Vertreter derselben Auffassung sind Goose (a. a. O.), Holzschuher (a. a. O. § 300 No. 2), Schmauser (a. a. O. S. 31):

b. Länger läßt ein anderer Teil der Schriftsteller, welche die Gefahrfrage zu des Bestellers Gunsten entschieden wissen wollen, die Tragung der Gefahr durch den Unternehmer dauern.

Das Prinzip ist von Puchta[1]) in folgender Form wiedergegeben: „Unter den Voraussetzungen einer dem arbitrium boni viri gemäßen Beschaffenheit des opus ist der locator operis zur Billigung, Uebernahme und Zahlung des Preises verpflichtet. Diese Uebernahme befreit den redemptor von aller Haftung, dolus ausgenommen; vor derselben haftet er für jede culpa; ja auch ein Zufall, der das opus nicht oder nicht in gehöriger Weise zustande kommen ließ, trifft ihn insofern, als er keinen Anspruch auf den Preis hat."

Die Begründung legt Goldschmidt[2]) zunächst in die „Einheitlichkeit der Leistung", vermöge deren der Entgelt nur für das vertragsmäßig gelieferte Werk gebührt. Nur wenn der einheitliche Charakter der Leistung fehlt, z. B. bei einem Werke, quod ita conductum est, ut in pedes mensurasve praestetur, „da kann für den vertragsmäßig hergestellten, in sich den Charakter einer selbständigen Leistung tragenden Teil verhältnißmäßige Gegenleistung beansprucht werden." Daß weiter auch die Römer so entschieden hätten, wird auch von den Vertretern dieser Richtung, namentlich von Goldschmidt, auf

„perfecto opere detrimentum ad locatorem pertinet." Nach Schmoll (a. a. O. S. 35) „hat, wenn das untergegangene Werk vollendet war, der Besteller immer den Lohn zu zahlen". Man kann im Zweifel sein darüber, welcher Ansicht Dernburg ist; denn in seinen Pandekten (a. a. O. II § 113) gibt er seine Auffassung nicht sehr klar zu erkennen: er sagt: „Natürlich geht die Gefahr auf den Besteller über, wenn er das Werk abgenommen hat, oder hätte abnehmen müssen. Dagegen trägt bis dahin der Unternehmer die Gefahr; denn die Vergütung ist ihm für das vollendete Werk zugesagt." Deutlicher sagt er an anderer Stelle (das bürgerliche Recht II, 2, § 318): „Ursprünglich formulierte man dies in Rom dahin, es sei bis zur Billigung durch den Besteller auf Gefahr des Unternehmers; dies beschränkte man später; denn wenn es vertragsmäßig geliefert war und zufällig vor der Billigung zu Grunde geht, so muß der Untergang nach Recht und Billigkeit den Besteller treffen." Da sich Dernburg zum Beweise seiner Lehre auf die l. l. 36 und 37 beruft, muß er zu den Anhängern der Auffassung gezählt werden, die den entscheidenden Augenblick in die Vollendung des Werkes legen.

[1]) Puchta, a. a. O. § 367.

[2]) Goldschmidt, a. a. O. 16, Seite 362.

Grund der entsprechenden Quellenauslegungen angenommen. Die einzelnen erwähnten Stellen werden als Belege aufgeführt. Eine kleine Abweichung findet sich nur bei Puntschart,[1]) der am Schlusse seiner Darlegungen „gegen Goldschmidt nur mehr zu bemerken hat, daß die vis maior nicht bloß in der l. 36, sondern auch in l. 37 hervorgehoben wird", eine Auffassung, die schon bei der Untersuchung der Quellen erwähnt ist.

2. Nun mochte wohl die Mehrzahl dieser Schriftsteller die Empfindung einer übermäßigen Härte ihrer Lehre sich nicht haben verhehlen können. So sagt Dernburg[2]): „Daß das

[1]) Puntschart, a. a. O. Seite 437. Sein Schluß ist: „Wie bei der Pacht, so will der conductor auch bei der conductio operis den Erfolg seiner Thätigkeit in der Bearbeitung einer fremden Sache für sich verwerten. Dieser Erfolg aber hängt dort wie hier sehr viel auch von günstigen Umständen ab, die nicht in der Macht des conductor liegen. Es trägt also der conductor in beiden Fällen die Gefahr des Unternehmens, und diese Gefahr hat er mit dem Unternehmen selbst erwogen." Etwas Aehnliches will Weiske (a. a. O. VII, S. 820) sagen, wenn er annimmt, der Werkmeister habe das periculum durch stillschweigende Vertragsabrede übernommen.

Andere Vertreter der Ansicht sind: Foerster-Eccius (a. a. O. II, Seite 138, Anmerkung 77); Krückmann (a. a. O. S. 47, Anmerkung 95 und 105). Schon Heise — Cropp (a. a. O. I, S. 634, Anmerkung 47, haben sich dafür ausgesprochen. Nach v. Wyß (a. a. O. S. 97) hat „die Interpretation der bona fides — und das ist der eigentliche Inhalt unserer Stellen — ein für allemal den Zeitpunkt der approbatio, d. h. der Auslieferung des vollendeten Werkes, als Uebergangsmoment festgesetzt"; juristisch gilt er — d. h. der Zeitpunkt der approbatio — „als Moment der Vollendung des opus". Es scheint, als ob v. Wyß hiernach den Ausgleich zwischen den letzterwähnten Schriftstellern und den unter a. herzustellen suche — Dankwardt sagt (a. a. O. S. 351): „opus donec approbetur, conductoris periculo est", allerdings nur bezüglich des materiellen opus. Paszotta (a. a. O. S. 446) lehnt sich an Labeo an und macht den Unterschied zwischen Transportvertrag und dem auf Herstellung eines Bauwerkes gerichteten: beim Transportvertrag „fallen Vollendung und Ablieferung naturgemäß zusammen; es kann deshalb auch von einer besonderen Approbation nicht die Rede sein." „Es hat also bis zur Vollendung des Transportes der conductor das periculum zu prästieren." In den Fällen aber, in denen es sich um Herstellung eines körperlichen Werkes handelt, „trägt der conductor die Gefahr bis zu dem Augenblick, in welchem locator den Nachweis geliefert hat, daß das Werk ein ordnungsmäßiges und dem Vertrag entsprechendes ist; d. h. er haftet für die Gefahr des Untergangs des vollendeten Werkes."

Auch di se Entscheidung schließt sich eng an die nach Paszotta so auszulegenden Quellen an.

[2]) Dernburg, Das bürgerliche Recht II, Seite 432.

Werk auf Gefahr des Unternehmers geht, ist zwar logisch gerechtfertigt, kann aber hart sein. Denn auch die Werkverdingung ist Arbeitsvertrag und der Arbeiter ist seines Lohnes wert. Daher suchten schon die römischen Juristen die Tragweite des Satzes einzuschränken. Doch ist streitig, in welchem Maße dies geschah."

a) Auf dem schroffsten Standpunkt stehen geblieben sind Mommsen und Burchardi. Ein Entschädigungsanspruch kann, wie Mommsen[1]) sich ausdrückt, nach den Grundsätzen des römischen Rechtes im Allgemeinen ohne eine culpa des locator nicht gerechtfertigt werden; und wo die angeführten Stellen dem Unternehmer einen Anspruch zubilligen, da muß eben eine solche culpa „supponirt" werden.

Burchardi[2]) bringt zum Beweise seiner Lehre das drastische Beispiel von dem Kellergewölbe, das „nach allen Regeln der Kunst gebaut" ist und einstürzt, „ehe der Schlußstein eingesetzt war." Dann muß, „einerlei, ob die tragenden Gerüste nicht stark genug waren, oder die bisherigen Regeln sich als unzureichend erwiesen, oder ob durch ein Erdbeben" der Einsturz geschah, „der Baumeister den Bau auf seine Kosten von vorne beginnen, ohne von dem Bauherrn Ersatz beanspruchen zu können"; mit anderen Worten, kann oder will er das nicht, so erhält er keinen Lohn.

b) Die übrigen Schriftsteller haben hingegen die Schroffheit ihrer Lehre „aus billiger Berücksichtigung der aufgewendeten Arbeit"[3]) abgeschwächt, indem sie dem Unternehmer verhältnißmäßigen Lohn zuerkannten.

α) Ganz allgemein thut dies eigentlich nur Unterholzner,[4]) der im Prinzip ja auch für den Fall, daß durch den ganz unverschuldeten Untergang der Sache die Unausführbarkeit des Geschäfts herbeigeführt worden ist", die Verpflichtung zur Zahlung des Lohnes wegfallen läßt; ebenso wenn ein sonstiger Zufall den Unternehmer an der Ausführung des Geschäfts hindert. „Wenn jedoch", fährt er nun fort, „die Arbeit bereits begonnen war, so muß der Unternehmer für gehabte Mühe und Kosten Ersatz haben;" „es ist ihm ein Teil des Lohnes zu entrichten."

[1]) Mommsen, Friedrich, a. a. O. I, Seite 379.
[2]) Burchardi, a. a. O. S. 134.
[3]) Dernburg, Pandekten II, § 113, S. 315.
[4]) Unterholzener, a. a. O. S. 352.

Auch Dernburg[1]) hatte sich früher noch so ausgedrückt die Billigkeit spreche für verhältnißmäßige Entschädigung des Werkmeisters, falls dieser für den Besteller Thätigkeit und Geldleistung aufgewendet habe, deren Ergebniß ein Zufall vernichtet.

β) Neuerdings beschränkt sich Dernburg, wie die Uebrigen, darauf, nur für bestimmte Ausnahmefälle einen Vergütungsanspruch des Unternehmers zuzulassen.

Er stellt allerdings hierfür immer noch den allgemeinsten und weitgehendsten Satz auf[2]): „Ist der zufällige Schaden Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Grundes oder traf er die Sache zu der Zeit, wo sie in dem Gewahrsam des Bestellers war", so hat er verhältnismäßigen Lohn zu vergüten. „Dies folgt", meint er, „aus der Natur der Sache"! Dernburg läßt es unbestimmt, welche Unfälle unter den in der Person des Bestellers eintretenden zu verstehen sind; jedenfalls will er hiermit nur eine Ausnahme von der Regel, daß der Unternehmer die Gefahr trage, festlegen.[3])

Enger begrenzt und als eigentlich auf positiven Bestimmungen der römischen Quellen beruhende Ausnahmefälle erscheinen die Modifikationen, die von den Meisten für die einzig zulässigen erachtet werden.

So wird gelehrt, den Besteller solle die Gefahr auch schon vor der Vollendung des Werkes treffen, wenn das Werk durch höhere Gewalt zerstört wird, „welche durch technische Vorkehrungen nicht auszuschließen war, z. B. ein Erdbeben."[4])

Diese Auffassung ist bei allen denen zu finden, von denen die Unterscheidung zwischen den beiden Arten des casus gemacht wir; vor allen bei Dankwardt[5]), der sich gegen die

---

[1]) Dernburg, Preuß. Privatrecht II, § 201, 2 Seite 590 (5. Auflage).

[2]) Dernburg, Pandekten II, § 113, Seite 315 (6. Auflage).

[3]) Wenn, wie unten zu zeigen ist, andere, z. B Bolze, Strohal ꝛc., ähnliche Sätze aufstellen, so sind sie dennoch nicht hierher zu zählen; denn das Prinzip ist ein anderes.

[4]) Dernburg, Pandekten II, § 113, Seite 315, getreu seiner Deutung von vis naturalis und vis aliqua in ll. 59 und 37 als gleichbedeutend mit vis maior in l. 36 = höhere Gewalt im technischen Sinne.

[5]) Dankwardt, a. a. O. Seite 351. Vergleiche ferner Brinz, a. a. O. § 277, v. Wyß, a. a. O. S. 974: Er will „die Begünstigung strikt interpretiert" sehen; „der Ausdruck", vis maior, ist daher nur

Juristen wendet, „die noch immer nicht wissen oder beachten, daß es zwei Arten von zufälligen Ereignissen gibt."

Daß die Gefahr der höheren Gewalt erst hinsichtlich des vollendeten Werkes vom Besteller getragen werden soll, wird von Puchta [1]) angenommen.

Dieser macht eine weitere Ausnahme für den Fall, daß „die Bestimmungen des locator die Ursache" des Nichtzustandekommens des opus sind. [2])

Endlich wird stark vertreten die Meinung, den Besteller müsse der Schaden treffen, wenn „Untergang oder Verschlechterung des Werkes in Folge des vom Besteller gelieferten Materials" eingetreten ist. Dernburg [3]) entnimmt diese „offenbar billige Auslegung" aus l. 62 D. 19, 2, wo ja Labeo von Paulus in diesem Sinne verbessert wird; eine culpa legt Dernburg nicht in das soli vitium hinein. [4])

In allen diesen Ausnahmefällen wird von den meisten Schriftstellern ein der Billigkeit entsprechender Teil der merces dem Unternehmer zugebilligt. Diese Quote ist natürlich in der Regel weniger, als der volle vereinbarte Lohn ausmacht; sie kann dessen Höhe aber erreichen. Keinesfalls geht sie über die verabredete Gegenleistung hinaus.

„von absolut und in abstracto unabwendbaren Ereignissen" zu verstehen (l. 36, i. f.), „so daß Verschuldung der Arbeiter jedenfalls nicht darunter fällt"; „das Werk an sich muß preiswürdig gewesen sein" (l. 37); Puntschart a. a. O. S. 437 will auch, daß der Unternehmer nur die Gefahr des einfachen Zufalls trage, nicht die des „qualifizierten". — Paszotta (a. a. O. S. 47) weist an Hand einer „historischen Betrachtung des vorliegenden Quellenmaterials" nach, daß sich allmählig eine bedeutsame Ausnahme von der aufgestellten Regel, daß nämlich der Unternehmer die Gefahr trage, herausgebildet hat, „welche praktisch einer völligen Aenderung des Grundsatzes sich nähert." Diese Ausnahme bezieht sich auf den Fall der vis maior. Homann, a. a. O. Seite 34; v. Schmoll, a. a. O. Seite 48 f.

[1]) Puchta, a. a. O. § 367, S. S. 557 und 558.

[2]) Ebenso Victor Ehrenberg (bei Jhering, Bd. 27, S. S. 279 und 280).

[3]) Dernburg, Pandekten II, Seite 315.

[4]) Dieselbe Ansicht vertritt Ehrenberg (a. a. O. Seite 279 ff.). Puntschart (a. a. O. Seite 456 f.) rechnet zu dem sog. qualifizierten Unfall, der eine Ausnahme von der Gefahrtragung des conductor begründet, außer dem Fall der vis maior auch den des vitium soli vel materiae. Hierher gehören endlich noch Homann (a. a. O. S. 34), Schmoll (a. a. O. S. 49) und Schmauser (a. a. O. S. 31).

II. Eine zweite Gruppe gemeinrechtlicher Schriftsteller glaubt aus den Quellen die Lehre entnehmen zu können, der Besteller solle die Gefahr des Unternehmens stets schon vor der Vollendung des Werkes tragen.

1. In voller Schärfe, also dahin lautend, daß der Besteller trotz des die Vollendung unmöglich machenden Zufalls den vollen vereinbarten Lohn zahlen müsse, wird dieser Satz nur von wenigen ausgesprochen: „Der zufällige Untergang des Werkes hebt das Recht des Unternehmers auf den Lohn und auf Erstattung der darin enthaltenen oder auch besonders bedungenen Auslagen nicht auf", so drückt Keller[1]) scharf und ohne jede Einschränkung seine Lehre aus, und Sintenis[2]) sagt: „Ist die Arbeit ganz oder zum Teil fertig gewesen, so hat der Besteller auch den Lohn zu zahlen."

Einige ältere Schriftsteller, die demselben für den Besteller strengen Grundsatze huldigen, setzen nur als Voraussetzung einer Inanspruchnahme des Bestellers auf vollen Lohn den Eintritt eines rein kasuellen Unfalls und, was dem gleichsteht, schlechte Beschaffenheit des Stoffes fest, „nicht dagegen Ungeschicklichkeit des Arbeiters."[3])

Bezogen werden insbesondere die l. l. 36, 37 und 59 des angegebenen Titels.

2. Gleichfalls vom Grundsatze der Gefahrtragung des Bestellers geht die Mehrzahl derjenigen Schriftsteller aus, die nach Oertmann die Gefahr „quantitativ" teilen wollen. Sie unterscheiden sich von den letzterwähnten dadurch, daß sie auch

---

[1]) Keller, a. a. O. § 340, S. S. 644 ff.

[2]) Sintinis, a. a. O. II, S. 683.

[3]) So Gerstenberg, a. a. O. Seite 106. — Aehnlich ist die Lehre in den gleichzeitigen Werke Mackeldeys (a. a. O. § 591, Seite 572) wiedergegeben. Auch er setzt seinem Grundsatze verschiedene Voraussetzungen, namentlich auch, daß der Schaden nicht in einem Versehen bei Verfertigung des Werkes oder einem vitium operis seinen Grund hat." Göschen (a. a O. §§ 514 und 515) unterscheidet zunächst, ob das Werk schon appobiert ist oder nicht. „Ist keine Approbation erfolgt", fährt er fort, „so muß man zwischen zufälligem Schaden und demjenigen unterscheiden, der aus der Fehlerhaftigkeit des Werkes hervorgeht. Für den zufälligen Schaden haftet auch hier der redemptor nicht; ja er verliert dadurch nicht einmal den Anspruch auf die Merces!" und: „In besonderer Beziehung auf die locatio conductio operis verdient noch hervorgehoben zu werden, daß der zufällige Untergang des Werkes den Besteller von der Verbindlichkeit zur Zahlung der Merecs nicht befreit." —

abgesehen von dem Fall des vitium operis ganz allgemein bei Unmöglichkeit der Vollendung des begonnenen Werkes den Lohnanspruch des Unternehmers auf ein der thatsächlichen Aufwendung entsprechendes Maß herabsetzen. Folgende Gestaltung hat diese Lehre bei v. Buchholtz [1]: „Bei der conductio operis trägt den wahren eigentlichen Zufall, d. h. den Schaden, welchen keine prästable culpa veranlaßt, immer der Besteller, und derselbe ist schuldig, dem Werkmeister für dessen bisher gehabte Mühen und Kosten vollständigen Ersatz zu gewähren."

III. Die Anschauung, daß grundsätzlich der casus ex parte conductoris veniens vom Unternehmer des casus ex parte locatoris veniens vom Besteller zu tragen sei, findet sich bereits in der Glosse. [2]) Oertmann [3], nennt sie heute die Lehre von der „qualitativen Gefahrteilung", nach der man „die verschiedenen hemmenden Zufälle nach ihrer Herkunft in

---

[1]) v. Buchholtz (a. a. S. S. 16 und 7): Daß dieser Ersatzanspruch *nur* bezüglich der *bisher* gehabten Mühen und Kosten besteht, ist für v. B. so selbstverständlich, daß ihm der Gedanke gar nicht gekommen sein mag, Jemand könne ihn weiter gehen lassen; daher die farblose Anreihung dieses Satzes mit „und" an den vorhergehenden! Der zweite ist nur die bestimmtere Ausführung zu dem vorhergehenden allgemeinen „Tragen der Gefahr". — Zu den Vertretern dieser Lehre gehört namentlich auch Windscheid, der seine Ansicht einmal in negativer Weise zu erkennen gibt — in Heidelb. Zeitschrift II, Seite 139—141 —, indem er an Hand der Quellen deren Auslegung durch Mommsen und dessen aus der Interpretation gezogene Schlüsse bekämpft. Ein anderes Mal führt er positiv aus — Pandekten II, § 401 —: „Auch dadurch verliert der Arbeiter seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht, daß bei der Werkverdingung das gefertigte Werk ohne seine Schuld vor der Ablieferung zu Grunde geht — wenn nur das Werk von der Art war, daß der Besteller die Annahme nicht hätte verweigern dürfen" — (operis vitium). „War das Werk, als es zu Grunde ging, teilweise fertig, so bekommt der Arbeiter teilweisen Lohn." Aehnlich Arndts (a. a. O. II, § 315, Seite 620): „Für rein zufälligen Schaden hat der Uebernehmer in der Regel nicht einzustehen; er kann vielmehr bei zufälligem Untergang der Sache nach Verhältnis des von ihm Geleisteten auf den bedungenen Lohn Anspruch machen — wenn anders das untergegangene Werk zur Billigung geeignet war —" (operis vitium). „Der Werkmeister steht" auch nach Baron (a. a. O. § 297, Seite 506, dazu § 269, Seite 465) für Zufall nicht ein; er hat nach richtiger Meinung einen seiner Leistung entsprechenden Teil des Lohnes zu fordern.

[2]) Die Glosse zu l. 15 § 6.

[3]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. S. S. 9 und 11.

Klassen zerlegt und dem Werkmeister für die der einen, dem Besteller, für die der anderen Klasse die Gefahr aufbürdet."

Zu den Vertretern dieser Lehre rechnet zwar Oertmann schon den Donellus; vereinzelt nur finden sich jedoch ihre Anhänger in der gemeinrechtlichen Litteratur; sie treten erst in neuester Zeit mehr hervor.

Indes die Wendungen, in denen die Einzelnen ihre Meinung zu erkennen geben, weichen gerade hier sehr von einander ab.

Sehr scharfe Unterscheidungen werden von Glück[1]) gemacht: Wenn der Schaden vor der Billigung geschieht, „so lassen sich folgende Fälle denken: A) Die Schuld liegt an der Arbeit: Dann muß der Werkmeister für den Schaden stehen." Ausnahme: Wenn das Werk ganz nach den Vorschriften und Angaben des Bestellers gefertigt ist. Argument: namentlich l. 62.

B) „Die Schuld der Vernichtung liegt an der Sache, welche von dem Besteller angewiesen und dazu hergegeben worden war: Hier trifft der Schaden natürlich den Besteller." Argument:: l. 15 § 3; l. 33; l. 62; l. 59.

C) „Die Schuld liegt an keinem von beiden." In diesem Falle kommt es darauf an, in welcher Person, wenn auch nur mittelbar, die Ursache lag, daß die Unmöglichkeit eintreten konnte. Wenn nämlich:

I. „Das Werk bereits soweit fertig war, daß es als untadelhaft vom Besteller hätte angenommen werden müssen", so muß der Besteller den Schaden tragen: l. 37.

II. „War das Werk noch nicht so weit fertig, so trägt der Unternehmer die Gefahr." Hier lag es ja nicht an dem Besteller, daß er nicht approbirte. Ausnahme: vis maior: l. 36.

---

[1]) Glück, a. a. O. Bd. XVII, S. S. 434 ff. — Auf die Person, in der sich der casus ereignet, legen auch v. Wening-Ingenheim (a. a. O. § 264) und v. Vangerow (a. a. O. III, § 591, Seite 215), letzterer gestützt auf die Analogie der Dienstmiete, Gewicht. — Nach Wendt (a. a. O. § 261) behält der Werkmeister im Allgemeinen den Anspruch auf den ganzen oder teilweisen Lohn; verliert ihn aber, wenn das Werk wegen eines vitium operis untergeht, oder wenn er es wegen eines ihn selbst betreffenden casus nicht ausführen kann. Wendt nähert sich fast der gemäßigten Richtung der zweiten Gruppe. Aber die Aenderung der Gefahrtragung für den Fall, daß der Werkmeister das Werk wegen eines ihn selbst betreffenden casus nicht ausführen kann, ist so weitgehend, daß dahinter die schwache Wendung „im Allgemeinen" nicht mehr den Charakter eines Prinzips haben kann.

Nachdem Bolze [1]) ausdrücklich die anderen Anschauungen verworfen hat, führt er seine Lehre in folgender Weise aus: „Es ist zu unterscheiden:

1. Der Zufall, welcher die Person des locator oder dessen zu bearbeitende Sache trifft, entbindet den Unternehmer von seiner Verbindlichkeit, wenn dadurch die Ausführung des Werkes unmöglich wird, nimmt ihm aber seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht", unter Abzug natürlich des durch die unterbliebene Ausführung Ersparten. „Dabei ist es gleichgiltig, ob das Werk vollendet oder gar nicht unternommen war."

„2 Wo das Werk zu leisten unmöglich wird wegen eines das Werkzeug oder die Person des Unternehmers treffenden Zufalls, hat er einen Anspruch auf die Gegenleistung nicht." Ausnahmsweise soll er, wenn das Werk zum Teil ausgeführt ist und Annahme und Vergütung der Teilleistung dem Interesse des Bestellers entspricht, einen Teilanspruch haben, und ebenso zwingt höhere Gewalt, „welche das ganz oder teilweis ausgeführte Werk getroffen hat, den Besteller, das Ausgeführte, wenn es anders tüchtig war, als gänzliche oder teilweise Erfüllung des Vertrages gelten zu lassen", ingleichen eine höhere Gewalt, „welche die Vollendung des begonnenen Werkes definitiv verhindert", und der definitiven Verhinderung „ist der Fall gleich zu setzen, wo die Vollendung innerhalb genau bestimmter Frist nicht möglich ist."

„Der Unternehmer eines opus, der ohne seine Schuld verhindert wird, sich an die Ausführung zu machen", sagt Gerth,[2]) „hat keinen Anspruch auf den Lohn: l. l. 10 pr. D. 14, 2; l. 15 § 6 D. 19, 2. Anders ist es, wenn das ganz oder teilweise ausgeführte Werk ohne seine Schuld vor der Abnahme zu Grunde geht", l. 62. D. 19, 2; l. 59 und l. 37; vis naturalis und vis aliqua sollen hier ja den einfachen Zufall bedeuten. Der Unternehmer muß aber „beweisen, daß das Werk durch einen Einfluß, für den er nicht aufzukommen hat, und nicht durch seine Schuld zu Grunde gegangen ist." Aufzukommen hat der Unternehmer aber nach Gerth nur für Zufälle, „die ein vitium operis hervorgerufen hat"; daher ist denn auch die Gefahr, die Gerth dem Unternehmer aufbürdet, nur eine sehr beschränkte.

Keinen neuen Gesichtspunkt, aber den Versuch zu einer schärferen und knappen Gestaltung der Lehre bringen

---

[1]) Bolze, a. a. O. Seite 92 ff.; namentlich auch Anmerkung 16.
[2]) Gerth, a. a. O. S. S. 64, 66, 67.

Jakubezky[1]) und auf seine Andeutung hin Strohal.[2]) Der erstere spricht von Zufällen, die sich „beim Besteller" resp. „beim Unternehmer" ereignet haben.

Strohal führt aus: „Fassen wir diese Gefahren", d. h. alle Gefahren, denen das Werk bis zur Abnahme bezw. bis zur Vollendung ausgesetzt ist, „näher ins Auge, so drängt sich uns alsbald die auch den römischen Juristen nicht entgangene Wahrnehmung auf, daß sie für die juristische Beurteilung in zwei Gruppen zerfallen. Auf die eine Seite sind zu stellen die Gefahren, welche der Sphäre des Unternehmers, auf die andere diejenigen, welche der Sphäre des Bestellers angehören. Nur bezüglich der ersteren kann billigerweise verlangt werden, daß sie voll und ganz vom Unternehmer getragen werden."

C) Die Abweichungen der einzelnen Vertreter dieser letzten Theorien untereinander beruhen im Großen und Ganzen nur in der Form der Darstellung; die Ausdrucksweise beim Einen ist verschieden von der des andern. In Wirklichkeit wollen alle demselben Gedanken Ausdruck verleihen, und das ist der, auf dem auch die kasuistischen Entscheidungen der römischen Juristen beruhen. Denn bei einem Rückblick auf die Interpretationen der Quellen fällt es sofort auf, daß diejenigen Vertreter der beiden ersten Anschauungen, die sich unmittelbar auf die Quellen berufen, deren Inhalt in einer dem wirklich gewollten Sinn nicht stets entsprechenden, jedenfalls mitunter in zweifelhafter, Weise deuten. Von diesem Inhalt aus, den sie den Aussprüchen der römischen Juristen beilegen, müssen sie allerdings notwendig und folgerecht auf die Schlüsse kommen, die sie thatsächlich gezogen haben. Ebenso notwendig und folgerichtig entnehmen aber auch die Anhänger der sog. qualitativen Gefahrteilung ihre Lehre aus den von ihnen, freilich oft in einem anderen Sinne gedeuteten, Quellenangaben. Daß dieser Sinn aber dem wahren Wortlaut und dem Rechtssinn der Römer entsprochen hat, ist bei der Quellenauslegung gezeigt worden. Geschichtlich mag es richtig sein, daß man in Rom auch einmal im Prinzip von einer Gefahrtragungspflicht des Unternehmers ausging; mußte doch Paulus noch wiederholt gegen die dahin lautende Entscheidung Labeos, des um zwei Jahrhunderte

---

[1]) Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, vorgelegt der Bayerischen Regierung, München 1892, Seite 139.

[2]) Strohal, zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse ꝛc. bei Ihering, Bd. 33, Seite 386.

älteren Juristen, angehen. Aber des Paulus Lehre muß wohl, wie erwähnt, die für die Entscheidungen der römischen Praxis maßgebende gewesen sein.

Merkwürdig ist, daß fast nur aus solchen Entscheidungen von Einzelfällen der Grundgedanke, den die Römer der Regelung der Gefahrfrage unterlegten, noch zu ersehen ist, und daß diese Entscheidungen in so mannigfach zu deutenden Wendungen geäußert worden sind. Paulus sagt z. B. bezüglich des Frachtvertrages in l. 10 p. D. 14, 2: Satis erit pro nanta, si probaverit impositum esse manipium; daß er damit dasselbe hat sagen wollen wie in l. 62, D. 19, 2: Si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum (i. e conductoris) erit detrimentum, daß es nämlich auf den Gegenstand ankomme, in dem sich die Wirkung des Zufalls geäußert habe — das kann leicht verkannt werden und ist verkannt worden. Ebenso geht es mit den Aussprüchen des Antoninus in l. 15 § 6, D. 19, 2, der den Werkmeister haften läßt, weil nave amissa munere vehendi functus non est, und des Africanus in l. 33, D. 19, 2: Si solum corruisset, so haftet der locator gleichwohl auf den Werklohn.

Merkwürdig ist auch, daß da, wo einmal ein allgemeinerer Satz aufgestellt wird, wie von Florentinus in l. 36 und Javolenus in l. 37, scheinbar von anderen Grundsätzen aus die Beantwortung der Frage erfolgt ist.

Dies alles erscheint merkwürdig, aber nicht unerklärlich. Wegen der Eigenart und der vielseitigen Gestaltung der zu regelnden Verhältnisse war es nicht möglich, dem der Billigkeit entsprechenden Grundgedanken einen umfassenden Ausdruck zu verleihen, der als allgemeiner theoretischer Satz der praktischen Rechtswissenschaft hätte als Unterlage dienen können. Die Römer behalfen sich damit, daß sie kasuistisch die verschiedenen Möglichkeiten behandelten.

Indem man nun in der gemeinrechtlichen Doktrin jene scheinbaren Widersprüche einerseits für wirkliche ansehen mochte, andererseits auch den römischen Juristen eine solche Schwäche nicht zutrauen wollte, versuchte man sie hinauszuinterpretiren. So kam man zu den beiden ersten Grundanschauungen.

Indem andere Schriftsteller auf Grund des von ihnen gefundenen Inhalts der Quellenaussprüche den Schein des Widerspruchs zu beweisen versuchten, kamen sie zu der dritten, den Erfordernissen von Treu und Glauben gerechten Theorie.

Aber auch sie fanden einen allgemeinen, alle Möglichkeiten umfassenden Lehrsatz nicht. Die Aelteren unter ihnen begnügten sich, genau die verschiedenen Unterscheidungen der Quellen aufzunehmen und zusammen zu stellen. So that dies am besten Glück, der sehr umfassende Unterscheidungen hinsichtlich der Sache wie bezüglich der Personen macht. Andere legen in weniger vollständiger Weise mehr Gewicht auf das eine oder das andere. — Versuche zu einer einheitlichen Gestaltung des Gedankens haben erst, wie gezeigt, in neuerer Zeit Strohal und im Anschluß an ihn Oertmann[1]) gemacht, indem sie den Satz aufstellen: „Es kommt darauf an, in wessen Bereich, wessen Sphäre der Zufall eintrat oder doch seinen Grund hatte. Traf er allein oder doch primär die Leistung des Werkmeisters, so hat dieser nichts mehr zu forden; macht er nur die Annahme unmöglich, so muß der locator dessen ungeachtet die merces zahlen.

d) Auch unter den Aussprüchen aus dem praktischen Rechtsleben zur Zeit des gemeinen Rechts befinden sich manche, die sich geradezu dieser Richtung anschließen; freilich entscheiden sie „nicht überall mit zutreffender Begründung."[2])

Ein vor allen bemerkenswertes Erkenntniß ist das des A.-G. Dresden, bestätigt durch die Entscheidung des dortigen O. A.-G.; verkündigt am 30. Januar 1850."[3])

„Eine von einer Privatgesellschaft veranstaltete Elbfahrt konnte nicht stattfinden, weil das dafür gemietete Dampfschiff durch Anstoßen an den Anker eines anderen Fahrzeuges leck wurde. Es fragt sich, ob die eingetretene Leistungsverhinderung den Anspruch auf Zahlung des für das Dampfschiff bedungenen Fahrlohns aufgehoben habe" Das zu Ungunsten des Unternehmers lautende Erkenntniß ist folgendermaßen begründet: „. . . Namentlich aber ist es in Fällen dieser Art der Natur der Sache und dem über den zufälligen Schaden an Sachen im Allgemeinen bestehenden Grundsatz: casum sentit dominus ganz entsprechend, daß der zufällige Schaden, welcher sich bei der zur Ausführung des Geschäfts unbedingt erforderlichen und von dem Unternehmer zu stellenden, diesem eigentümlichen Sache ereignet und die Leistung des letztern unmöglich macht, auch von diesem getragen werde."

---

[1]) Oertmann bei Grünhut, a. a. O. Seite 48.
[2]) Oertmann bei Grünhut, a. a. O. Seite 49.
[3]) Seufferts Archiv, Bd. VI, Nr. 31.

Obgleich die Fahrt bereits teilweise ausgeführt war, ist ein teilweiser Lohn dem Unternehmer nicht zugesprochen worden. Dies ist begründet, da doch die Teilleistung keinen wirtschaftlichen Wert hatte. Den muß sie selbstverständlich immer aufweisen, wenn sie den Unternehmer zur Geltendmachung von Teilansprüchen berechtigen soll. Im Allgemeinen sind es aber überhaupt nur die an sich teilbaren opera, bei denen eine Teilleistung einen selbständigen Wert aufzuweisen vermag. Hierüber bringen die Gründe der Entscheidung des 1. Senats des Oberlandesgerichts zu Leipzig vom 28. November 1871 folgende Ausführungen:[1])

„Es gilt nur für das unteilbare opus nach gemeinem Recht der Grundsatz, daß ein Zufall, welcher die Vollendung ausschließt, den Anspruch auf Vergütung der Teilleistungen dem Unternehmer entzieht, und selbst dieser Satz ist dem erkennbaren Willen der beteiligten Personen untergeordnet (l. 10. pr. D. 14, 2). Nicht jedes opus aber ist unteilbar (l. 36), und für teilbare opera bleibt es bei der Regel der locatio conductio — operarum wie rei —, daß eine teilweise Leistung, sofern sie für sich in Betracht kommen kann, mindestens teilweise zu vergüten ist" „Der Grundsatz aber, daß die Frachtbeförderung schlechthin als unteilbare Leistung aufzufassen sei, kann in dieser Allgemeinheit weder für das gemeine noch für das preußische Recht als richtig anerkannt werden."

Im Uebrigen wird auch in diesem Urteil unterschieden, ob Ursache der Unmöglichkeit ein Zufall „in der Ladung" oder „auf Seiten des Beklagten", mindestens aber „ein bloßer Zufall" gewesen sei, oder ob ein Zufall „auf Seiten des Schiffers" eingetreten sei.

Oertmann bringt[2]) einige vorzügliche Erkenntnisse aus der Hamburgischen Handelsgerichtszeitung, der nachmaligen „Hanseatischen Gerichtszeitung". Unter diesen ist besonders interessant der Ausspruch des O. G. vom 28. Mai 1875[3]): „Die Losmachung eines gestrandeten Schiffes war in Entreprise gegeben; nachdem der Werkmeister die Ausführung bereits vorbereitet hatte, ward das Fahrzeug von selbst frei. Beide Instanzen sprachen dem redemtor den vereinbarten Lohn ohne Abzug zu. Es dürfe ihm jedenfalls nicht zum Schaden ge-

[1]) Entscheidungen des R. O. H. G., Bd. 4, Seite 178.
[2]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. S. S. 16 ff.
[3]) Band VIII der Hanseatischen Gerichtszeitung. Hauptblatt No. 217, S. 314.

reichen, wenn er die kontraktlich übernommenen Arbeiten, zu deren Leistung er durchaus bereit war, aus außerhalb seiner Person liegenden Gründen nicht vollständig ausgeführt habe . ."

Ein treffendes Beispiel bietet endlich ein neueres Erkenntnis des Reichsgerichts vom 25. Januar 1887[1]: „Da der Besteller", so heißt es in den Gründen, „sich verpflichtet hatte, Steine und Sand zur Erbauung der Wegestrecke zur Verfügung zu stellen, so traf ihn die Gefahr, wenn zu Folge einer polizeilichen Verfügung das Material nicht von der vereinbarten Stelle entnommen werden konnte, also zu höheren Kosten von anderer Stelle herbeizuschaffen war."

e) α. Strohal hält nun diese Lehre von der sog. qualitativen Gefahrteilung nicht nur für die dem Standpunkt der fortgeschrittenen römischen Jurisprudenz entsprechende, was — wie gezeigt — zutreffen muß, sondern er stellt sie auch de lege ferenda als dringend zu berücksichtigend hin.[2] „Zu brutaler Ungerechtigkeit", meint er, „führt es, wenn man dem Unternehmer jeden Anspruch auf Ersatz der gemachten Auslagen und Vergütung seiner Arbeit auch dann versagt, wenn der vor der Abnahme bezw. Vollendung erfolgte Untergang — die eingetretene Unausführbarkeit — des Werkes durch Zufälligkeiten herbeigeführt worden ist, welche sich in der Person des Bestellers ereignet haben." Zur Erläuterung gibt er einige Beispiele; er setzt die Fälle: daß ein Porträt im Atelier des Malers, wo es angefertigt ist, und im Gegensatz dazu, daß es in der Wohnung des Bestellers durch Verschulden Dritter oder durch Zufälligkeiten zu Grunde geht; daß ein Patient, dessen Zahnarzt sich „gegen eine Aversionalsumme" verpflichtet hatte, dessen Gebiß in entsprechender Weise zu restauriren, kurz vor der Vollendung der Arbeit bei einem Eisenbahnunfall ums Leben kommt; daß eine Kirche, in der ein Künstler Fresken malen soll, unmittelbar vor der Vollendung der Arbeit durch eine Ueberschwemmung unterwaschen wird und in Folge dessen einstürzt; daß ein neugebautes Haus, in dem ein Unternehmer Zimmer tapezirt, nachdem der größte Teil der Arbeit gethan ist, ein Raub der Flammen wird.

Alle diese Beispiele sollen die Billigkeit seiner Theorie beweisen, und sie können das wohl auch.

Daß Strohals Ansicht nicht unrichtig ist, wird denn auch selbst von ihren Gegnern zugegeben; so von Crome;[3]

[1] Bolze, Praxis des Reichsgerichts, Bd. IV No. 687.
[2] Strohal, bei Jhering Bd. 33, a. a. O. Seite 386.
[3] Crome, a. a. O. Seite 318.

ebenso, daß das römische Recht „thatsächlich soweit gegangen ist", „die Gefahrtragung des Unternehmers (für höhere Gewalt oder wenigstens) für die Person oder den Bereich des Bestellers treffende Unglücksfälle auszuschließen oder doch einzuschränken."

Aber Crome meint, daß man damit zu keinem „praktisch befriedigenden Ergebnisse" gelange. Der Grund liegt in der Unbestimmtheit der ganzen Lehre und insbesondere des Begriffes „Sphäre", den ihre Vertreter de lege ferenda benutzt wissen wollen. Crome gibt ein treffendes Beispiel dafür, daß es thatsächlich bei gewissen Ereignissen unmöglich ist, zu sagen, welcher Sphäre sie angehören: „Wenn der Maler, von dem wir oben sprachen, auf Bestellung ein Landschaftsbild anfertigen soll und sich zu diesem Zweck mit seinem ganzen Apparat auf eine dem Besteller gehörige Wiese setzt, um die Gegend aufzunehmen, und ein scheuender Ochse nimmt die Leinwand auf die Hörner, - - ist der Unfall in der Sphäre des Malers, der sich auf die Wiese begab, oder des Bestellers, dem sie gehörte, eingetreten? Ist der Ochse in die Sphäre des Bestellers oder des Malers, oder sind beide in die Sphäre des Ochsen gekommen?"

β. Diese Ausführung beweist hinreichend, daß so die Lehre nicht formulirt werden kann, daß also auch Strohals Versuch, ihr eine scharfe, alle Fälle begreifende, Gestaltung zu geben, ebensowenig gelungen ist, wie den Römern das möglich war. Wenn es also auch heute anerkannt werden muß, daß schon die Römer bei ihrer Regelung der Gefahrfrage beim Werkvertrag jenen Gedanken zu Grunde gelegt haben, daß nicht die Gefahr schlechthin dem einen oder andern aufzubürden sei, sondern im Einzelfall untersucht werden müsse, wessen Seite der Zufall in der Art mehr treffe, daß man dem andern die Gefahr nicht aufbürden könne; wenn man auch zugeben muß, daß dieser Gedanke der Gerechtigkeit und Billigkeit entspricht und dem schon den römischen Rechtsverkehr beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben gerecht wird — so sind es doch wichtige praktische Gründe gewesen, die ihn in doppelter Weise haben scheitern lassen.

Gescheitert ist er einmal in der Theorie des gemeinen Rechts. Ist es doch bekannte Thatsache, daß in der gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht die aus den römischen Quellen zu findende Lehre, sondern diejenige, die im Prinzip dem Unternehmer die Gefahr des Unternehmens zuschiebt, geherrscht hat. Sie hat

die meisten und gewichtigsten Vertreter gefunden und wird auch von vielen, die ihr nicht folgen, als die herrschende anerkannt.

Und wieder scheiterte jene Lehre von der grundsätzlichen, sog. qualitativen Gefahrteilung bei der jüngsten Kodifikation unseres deutschen bürgerlichen Rechts.

Warum die Uebernahme der an sich billigen Regelung nicht erfolgen konnte, ist bei den Kommissionsberatungen zum zweiten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs recht ungeschickt begründet worden.[1]) Die Gründe werden zunächst nur dafür gebracht, daß der Entwurf in Ansehung des Falles, wenn wegen eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalls die Ausführung des Werkes objektiv unmöglich geworden ist, keine Ausnahme von dem Grundsatze der Gefahrtragung des Unternehmers machen will: „Nach den allgemeinen Bestimmungen über die objektive Unmöglichkeit der Leistung", so wird hier ausgeführt, „kann die durch einen Zufall in der Person des Bestellers herbeigeführte objektive Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes die Eigenschaft der objektiven Unmöglichkeit dadurch nicht verlieren, daß der Zufall zunächst die Person des Bestellers betroffen hat. Es müssen daher derselben auch alle Wirkungen der objektiven Unmöglichkeit nach Maßgabe des § 368 Absatz 1 — jetzt 323 — beigelegt werden. Dies geschieht mit genügender Deutlichkeit, wenn das Gesetz den gedachten Fall übergeht;" endlich: „Aus Billigkeitsrücksichten von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, empfiehlt sich nicht." Waren diese Gründe gegen eine Ausnahmebestimmung bezüglich der Unfälle in der Person des Bestellers zutreffend, so hätten sie bedeutend schwerer noch wiegen müssen, wenn man — wie Strohal, Oertmann und andere fordern — grundsätzlich eine Untersuchung im Einzelfall darüber vornehmen lassen wollte, in wessen Betriebssphäre der Unfall entstanden sei, und den Grundsatz der Gefahrtragung des Unternehmers ganz fortlassen. Aber wirkliche Gründe sind diese Ausführungen nicht: „Als ob das Recht nur um der allgemeinen Grundsätze willen existire, und nicht um der berechtigten Interessen des Volkes willen, die in diesem Falle eine Berücksichtigung der vom Unternehmer aufgewendeten Arbeit erheischen!"[2])

Wahre Ursache kann nur hier wie bei der ersten Scheiterung des an sich so richtigen Gedankens, die Rücksicht auf die Unmöglichkeit gewesen sein, damit zu einem praktisch befriedigenden

---

[1]) Siehe Motive, a. a. O. Seite 495.

[2]) So Crome, a. a. O. S. 318.

Ergebnisse zu kommen. Da es nämlich, wie gezeigt, bisher noch nicht gelungen ist, der Idee eine einheitliche, dabei umfassende Gestalt zu verleihen, so muß eine auf sie gebaute Theorie immer nur, wie sie es im römischen Recht war, eine kasuistische Erledigung herausgegriffener Fragen sein, oder sie behandelt in unbestimmter, unvollständiger Weise nur die eine oder andere Seite der Frage, wie das Cromes Beispiel gegen Strohals Versuch schlagend bewiesen hat.

f) α. Der somit gerechtfertigte, große Unterschied zwischen dem Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dem aus den Quellenangaben ersichtlichen Grundgedanken der römischen Gefahrlehre beim Werkvertrag ist also der: das Bürgerliche Gesetzbuch stellt an die Spitze seiner Regelung den Satz: „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes." [1])

Dieser Grundsatz stimmt mit dem Prinzip der herrschenden Ansicht der gemeinrechtlichen Doktrin überein und entspricht dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch für die Folgen der nachträglichen, nicht zu vertretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen allgemein aufgestellten Regelsatz. Ganz anders war, wie wir sehen, das Prinzip der Römer; sie untersuchten im Einzelfall: a) in wessen Bereich oder Sphäre [2]) die Ursache lag, daß der casus vor der Approbation die eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung herbeiführende Wirkung auszuüben vermochte: l. 36: si per cum steterit, quo minus opus approbetur vel admetiatur. l. 62: soli vitium im Gegensatz zu vitium operis —; b) Auf wessen Betriebssphäre der casus seine Wirkung äußerte: l. 10, pr. D. 14, 2: si probaverit impositum esse mancipium — l. 15 § 6: nave amissa — l. 33: cum solum corruisset — l. 59: terrae motus.

So die gänzlich von einander abweichenden Grundlagen für die Regelung der Gefahrfrage in den beiden Rechten. Der Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist schroff und dem Unternehmer gegenüber streng.

β. Das Gesetzbuch hat indes Einzelbestimmungen getroffen bezüglich des Zeitpunktes des endgültigen Uebergangs der Gefahr auf den Besteller, sowie hinsichtlich der Frage, ob nicht ohne Aufgabe des Prinzips inhaltlich Einschränkungen

---

[1]) B. G. B. § 644 Absatz 1 Seite 1.

[2]) Der Ausdruck muß in Ermangelung eines bessern noch verwandt werden.

möglich sind, die dem Unternehmer die Tragung der Gefahr etwas erleichtern, eine Frage, der sich auch schon die Vertreter der strengen Lehre des gemeinen Rechts nicht verschließen konnten.

Diese Bestimmungen, der Eigenart der Gefahrfrage beim Werkvertrag angepaßt, sind vom Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 644 ff. getroffen worden; die Gefahr ist aber hier, wie schon erwähnt, der Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung bei zufälliger Verschlechterung oder Zerstörung des angefangenen oder vollendeten Werkes. Es kommen deshalb für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs neben den angeführten Paragraphen immer, soweit erforderlich, die allgemeinen Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, in Betracht.

I., 1a. Bezüglich der Frage, in welchem Zeitpunkt die volle Gefahr endgültig auf den Besteller übergehen solle, herrschte im gemeinen Rechte Streit; dieser hat sich zwar hauptsächlich zwischen den Anhängern der dem Unternehmer strengen Auffassung entwickelt; aber auch unter den Anhängern der Gefahrteilungslehre war man sich nicht recht klar darüber, ob der Zeitpunkt der Vollendung oder der Approbation der maßgebende sein sollte. Meist ist die Frage in letzterem Sinne entschieden worden. Daß das auch den Quellen entspricht, ist aus den l. l. 36 und 62 insbesondere deutlich zu ersehen

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch entscheidet im Sinne der zahlreicher vertretenen Ansicht: „bis zur Abnahme."

Die approbatio des römischen Rechts und die Abnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nun — und das ist heute anerkannt — identische Begriffe. Der Rechtsakt, den sie darstellen sollen, ist ein doppelter. Es ist einmal ein rein thatsächlicher Verfügungsakt Der Unternehmer übergibt, der Besteller übernimmt das Werk; zum andern ist es eine Anerkennung des Werkes durch den Besteller als den Vertragsbedingungen entsprechende Erfüllung. Beide Akte sind häufig und sogar meistens in einem vereint. Der erste kann durch einen der brevi manu traditio entsprechenden Akt ersetzt werden. Es ist möglich, den zweiten Akt zwecks Prüfung des Werkes hinauszuschieben. Jedenfalls ist die Abnahme — approbatio — erst vollzogen, wenn beide Akte erfolgt sind. [1])

[1]) Derselben Ansicht sind Oertmann, Kommentar zu § 640 S. S. 361 und 362 — Planck, Kommentar zu § 640, Lieferung 4, S. 379 — Riezler, a. a. O. S. 133 ff. — Staudinger, Kommentar zu § 640, Bd. II, S 456. Dagegen Dernburg, das bürgerliche Recht, a. a. O. Seite 433.

Da an diese Abnahme also abgesehen von anderen rechtlichen Wirkungen, insbesondere der endgültige Gefahrübergang geknüpft ist, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine ausdrückliche Abnahmepflicht für den Besteller begründet,[1]) eine Pflicht, die schon im gemeinen Recht anerkannt wurde und auch nach dem Quellenrecht bestanden haben muß. Sie erstreckt sich aber natürlich nur auf das vertragsmäßig hergestellte Werk. Schon die körperliche Uebernahme kann abgelehnt werden, wenn ein vertragsmäßiges Werk „nicht oder noch nicht vorliegt." [2]) Insofern, und nur insofern, kommt also die schon im frühern Recht viel umstrittene Pflicht des Unternehmers in Betracht zu beweisen, daß das Werk so sei, ut probari deberet.

Das ist das Werk natürlich zeitlich in der Regel erst, wenn es ganz vollendet ist; darum übergeht auch das Bürgerliche Gesetzbuch bei der Bestimmung des Gefahrübergangsmomentes die Unterscheidung zwischen einem teilbaren und unteilbaren Werke. Richtig ist, daß bezüglich der Entrichtung der Vergütung für das in Teilen abzunehmende Werk besondere Bestimmungen getroffen sind.[3]) Ob man aber hieraus entnehmen kann, daß bei teilbaren Werken auch die Gefahr bei Abnahme der einzelnen Teile übergehen solle, ist zweifelhaft.[4]) Früher wurde jedenfalls ausdrücklich die Unterscheidung berücksichtigt, ob das Werk aversione oder ob es per pedes mensurasve conductum sit: in letzterm Falle ließ das Pandektenrecht an die Stelle der Abnahme des ganzen Werkes die admensio eines entsprechend fertig gestellten Teiles treten.

b) Wenn nun tale opus fuit, ut probari deberet, oder im Sinne der Grundsätze unseres heutigen Rechts gesprochen, wenn der Unternehmer in offensichtlicher Erfüllung seiner Verpflichtung alles das gethan hat, was „nach Treu und Glauben, unter Berücksichtigung der Verkehrssitte" zur Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung erforderlich ist, wenn er also regelmäßig das vollendete Werk am richtigen Ort, zur richtigen Zeit, dem richtigen Gläubiger angeboten hat, und es kommt nun der Besteller seiner Abnahmepflicht nicht nach — so geht die Gefahr auf den Besteller auch vor der thatsächlichen Ab-

---

[1]) B. G. B. § 640 Absatz 1.

[2]) Staudinger, Kommentar II, Seite 456.

[3]) B. G. B. § 641 Absatz 1 Seite 2.

[4]) Das nehmen Kisch. a. a. O. Seite 70 — Crome, a. a. O. Seite 323, an.

nahme über. Das römische Recht sagte: nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur;[1]) das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt: „Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über.“[2]) Obige Tatsachen des richtigen Angebotes und der Nichtannahme genügen aber vollständig zur Verzugsetzung des Bestellers; wie in dem per eum stare keine schuldhafte Nichtannahme des Bestellers ausgedrückt ist, so ist auch nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches der Grund der Nichtannahme gleichgiltig, insbesondere auch, ob der Besteller sie zu vertreten habe.

In Voraussetzung und Wirkung stimmt also die Festsetzung des Annahmeverzugs als eventueller Zeitpunkt des Gefahrübergangs im römischen wie im heutigen Recht überein. Während der Annahmeverzug aber in den Quellen nur als besonders häufig vorkommender Fall bei Beantwortung der aus dem Prinzip folgenden Fragen aufgeführt wird, ist die bezüglich seiner erfolgte Bestimmung des Bürgerl. Gesetzbuchs nur eine zu Gunsten des Unternehmers getroffene Einschränkung des Grundsatzes.

Daß als Voraussetzung für den Annahmeverzug außer der Nichtabnahme des vollendeten angebotenen Werkes auch das Unterlassen einer vom Besteller bei der Herstellung vorzunehmenden Handlung gilt, geht für das heutige Recht aus den allgemeinen Grundsätzen über den Gläubigervorzug hervor. Bei der besondern Regelung der Verhältnisse aus dem Werkvertrag hat das Bürgerliche Gesetzbuch für diese Art des Annahmeverzugs nur einen ausnahmsweisen Entschädigungsanspruch und unter gewissen Voraussetzungen ein Kündigungsrecht des Unternehmers festgelegt.[3])

Tritt dadurch aber Leistungsunmöglichkeit ein, so müssen auch die allgemeinen Regeln über die Folgen der Unmöglichkeit zu Ungunsten des Bestellers eingreifen.[4])

2. a) Es wird vielfach behauptet, schon nach römischem Recht habe überall da, wo die Abnahme des Werkes ausgeschlossen sei, die Vollendung an die Stelle der approbatio treten und deren gewöhnliche Rechtswirkungen nach sich ziehen

[1]) l. 36, D. 19, 2.
[2]) B. G. B. § 644 Absatz 1 Seite 2.
[3]) B. G. B. 642 und 643.
[4]) Ebenso Staudinger, a. a. O. II, Seite 458.

sollen. In den Quellen findet sich das nicht allgemein ausgesprochen; für derartige Fälle die Entscheidung zu finden, bleibt dem Scharfsinn des Richters im Einzelfall überlassen. — Die Regelung durch das Bürgerliche Gesetzbuch lautet ausdrücklich dahin, daß bei allen nicht abnahmefähigen Werken der Zeitpunkt der Abnahme durch den der Vollendung hinsichtlich bestimmter Rechtswirkungen zu ersetzen sei,[1] namentlich auch bezüglich des Gefahrübergangs.

Diese Anordnung entspricht nur der Natur der Sache, und man kann deshalb wohl annehmen, daß auch die römischen Juristen die Frage nicht anders entschieden haben.[2] Die Regel gilt vor Allem für immaterielle Leistungen; hier ist mit der Vollendung „der versprochene Effekt endgültig und unentziehbar hergestellt, so daß von einem Unmöglichwerden der Leistung logisch nicht mehr die Rede sein kann.[3] Außerdem muß die Regel aber auch für gewisse materielle opera gemeint sein, bei denen naturgemäß von einer Abnahme in dem erwähnten Sinne nicht gesprochen werden kann, z. B. „Ausführungen von Flecken, alle Reparaturarbeiten in des Bestellers Hause, weil es hier an einer zu übernehmenden Sache fehlt,[4] Abbruch eines Hauses.[5]

b) Für der Abnahme fähige, insbesondere also für körperliche Werke hat endlich das Bürgerliche Gesetzbuch eine Regel hinsichtlich des Zeitpunktes des Gefahrübergangs aufgestellt, die gegenüber dem frühern Recht als eine gänzliche Neuerung erscheint. „Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung", sagt § 644 Absatz 2. Das heißt: Die Gefahr geht auf den Besteller über, sobald der Unternehmer die Sache, also das fertige Werk, dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Für den Kauf entspricht diese Bestimmung im Ganzen dem früheren Rechtszustand; dem des gemeinen Rechts wenigstens

---

[1]) B. G. B. § 646.

[2]) Kuhlenbeck, a. a. O. Seite 82.

[3]) Aus den von einem Transportvertrag handelnden Stellen wird das namentlich häufig hergeleitet.

[4]) Oertmann, Kommentar II Seite 362. Das letzte Beispiel auch bei Planck a. a. O. S. 380 oben.

[5]) Kuhlenbeck, a. a. O. S. 82.

für den Gattungskauf: für ihn hatte Jhering die sog. Lieferungstheorie aufgestellt: er verlangt für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer, daß geliefert sei; die Lieferung hält er aber in dem Fall, wo der Kauf auf Schicken gestellt ist, für vollendet mit dem Abschicken.[1]) Diese Theorie ist nach Jhering von den meisten Schriftstellern angenommen worden. Das eigentliche Vorbild des Satzes für das Bürgerliche Gesetzbuch hat aber Art. 345 des alten Handelsgesetzbuchs gebildet, der schon für alle Arten von Käufen die Gefahr mit dem Abschicken übergehen ließ.

Anders ist es bezüglich des Werkvertrags: Da er meistens Bringschulden begründet, lag ein Bedürfniß zu einer der Regelung beim Kauf entsprechenden Anordnung nicht vor; die ist denn auch im früheren Recht nicht ergangen, und im Quellenrecht ist ein derartiger Fall auch nicht erwähnt. Noch der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch brachte nichts davon. — Die Motive[2]) sagen hierüber: Die entsprechende positive Vorschrift beim Kauf erkläre sich „aus der rechtsgeschichtlichen Entwickelung der für die Tragung der Transportgefahr bei dem Kauf, insbesondere beim handelsrechtlichen Kauf, maßgebenden Rechtsnormen und der auf das geltende Recht zu nehmenden Rücksicht." Diese Regel „auf den Werkvertrag auszudehnen, ist umso bedenklicher, als die Abnahme des Werkes, mindestens in vielen Fällen, von größerer Bedeutung ist, als der Uebergabe der gekauften Sache in der Regel zukommt. Die Ausdehnung führt zu einer Erschütterung des Prinzips, daß der Uebernehmer die Gefahr nicht bloß bis zur Vollendung, sondern bis zur Abnahme des Werkes trägt." Wenn nun in der zweiten Kommission trotzdem die Mehrzahl für die Aufnahme der Bestimmung war, und diese thatsächlich im zweiten Entwurf des Gesetzbuchs erschien, so ging man davon aus, „daß die Vorschrift sich als notwendige Folge aus dem Verhältniß ergebe, in dem die Uebernahme der Sorge um den Transport zu dem Inhalt der Hauptverbindlichkeit des Schuldners stehe."[3]) Diese gehe nur auf Leistung am Erfüllungsort; wenn nun auf Verlangen des Bestellers der Unternehmer die Sorge für die Versendung nach einem andern Ort übernehme, so sei das eine auf-

---

[1]) Dernburg, Pandekten II, Seite 266, Anmerkung 10. — Jhering, Jahrb. Bd. 4.

[2]) Motive II, Seite 499.

[3]) Planck, a. a. O. Seite 385 zu § 644 Absatz 2. — Protokolle zum 2. Entwurf. S. 2245. Bearbeitung von Achilles Bd. II S. 330.

tragsweise Besorgung des Versendungsgeschäftes, keine Erweiterung seiner Vertragsverbindlichkeit.

Die Vorschrift stellt jedenfalls eine durchaus billige Erleichterung der Gefahrtragung des Unternehmers dar. Eine Voraussetzung hat sie natürlich; nämlich, daß „das Werk" versandt wird, d. h. das vertragsmäßig vollendete opus. Diese Beschaffenheit im Augenblick der Uebergabe an die zum Transport bestimmte Person oder Anstalt wird im Falle einer Ankunft des Werkes im Zustande der Zerstörung oder Verschlechterung vom Unternehmer zu beweisen sein. [1])

II. Außer dieser zeitlichen Begrenzung der Gefahrtragung des Unternehmers hat das Bürgerliche Gesetzbuch in sachlicher Beziehung Bestimmungen getroffen, die das Prinzip zu Gunsten des Unternehmers einschränken.

Sind nun schon im Quellenrecht dieselben Fälle mit ähnlichen Entscheidungen erwähnt, so sind sie doch da keine Ausnahmebestimmungen, sondern nur dem Prinzip entsprechende Beantwortungen der stets nach den beiden erwähnten Richtungen zu stellenden Fragen. Daß gerade die betreffenden Fälle besprochen sind, erklärt sich daraus, daß eben sie die am häufigsten vorkommenden und wichtigsten sind. — Auch die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts hat unter denselben Voraussetzungen ähnliche Ausnahmebestimmungen wie das Bürgerliche Gesetzbuch getroffen.

1. Allerdings hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, wie Unterholzner im gemeinen Recht wollte, allgemein seinen Grundsatz durch die Bestimmung gemildert, daß, wenn die Arbeit bereits begonnen war, der Unternehmer für gehabte Mühe und Kosten Ersatz erhalten müsse. Denn durch eine so weitgehende Ausnahme konnte es auch seinen Grundsatz gar nicht durchbrechen, ohne diesem den Charakter eines solchen zu nehmen. [2])

---

[1]) Derselben Ansicht ist Oertmann (Kommentar II, Seite 367 zu § 644, 2), der ebenfalls vom Unternehmer den „Beweis der Billigungswürdigkeit des abgesandten Werkes" verlangt.

[2]) NB. Die Frage hat nichts mit der nach den Wirkungen der teilweisen Unmöglichkeit zu thun; die ist ja in § 323 für die gegenseitigen Verträge allgemein geregelt. Die Frage, die hier in betracht kommt, ist, ob nicht dem Unternehmer ein Entschädigungsanspruch zuzuerkennen sei, wenn nach teilweisem Vollzug der Arbeit durch unverschuldeten Untergang oder Verschlechterung des ganzen Werkes gänzliche Unmöglichkeit der Vollendung eingetreten ist.

Ebenso würde es gehen, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch die von Dernburg, der doch auch von der grundsätzlichen Gefahrtragung des Unternehmers ausgeht, für das gemeine Recht angenommene Ausnahme eingeführt hätte: danach soll der Besteller die Gefahr tragen, wenn der zufällige Schaden in Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Grundes oder zu der Zeit die Sache traf, da sie in Gewahrsam des Bestellers war. Auch blos als Ausnahmebestimmung gegenüber dem in § 644 Absatz 1 aufgestellten Prinzip würde dieser Satz so weittragende Folgen haben, daß dadurch die Geltung des Grundsatzes auf ein minimum beschränkt würde.

2 Es sind also lediglich Einzelvorschriften, durch die das strenge Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchbrochen wird.

a) Nicht aufgenommen ist zunächst der schon in der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts weitverbreitete und auf den Quellenaussprüchen gegründete Satz [1]): Auch vor der Approbation soll den Besteller die Gefahr immer treffen, wenn höhere Gewalt den Schaden verursacht hat. Die Römer mußten, um den Kreis der in Betracht kommenden Unfälle zu erschöpfen, diese äußeren Ereignisse, die ihre Ursache weder in der Sphäre des Unternehmers noch in der des Bestellers finden, mit berücksichtigen, daher sind sie in den Quellen erwähnt. Ihre Regelung zu Ungunsten des Bestellers begründeten die Römer damit, daß der Besteller nicht mehr bekommen soll, als er auch unter Aufbietung seiner eigenen Arbeitskräfte erlangt haben würde. Daß das auch dann nichts gewesen wäre, ergibt sich schon aus dem Begriffe der höheren Gewalt, die von außen kommend mit den gewöhnlichen menschlichen Machtmitteln nicht vorhergesehen oder abgewendet werden kann.

Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts hatte den Satz als auf den Quellen beruhende Ausnahme ihres strengen Grundsatzes aufgenommen. Hier war es vor allen Dernburg, der ihn als ein Gebot der Billigkeit hinstellte. Im Anschluß daran hatte man bei den Kommissionsberatungen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Antrag gestellt, auch im neuen Recht die Gefahrtragung des Unternehmers durch Ausnehmung der Fälle der vis maior zu erleichtern, wenigstens in Bezug auf Bauwerke. Indes der Antrag wurde abgelehnt, und zwar unter Berufung auf das Wesen des Werkvertrags, der auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sei. „Gewisse Ausnahmen von

[1]) l. 36, D. 19, 2.

der Regel seien zu billigen, aber sie seien nicht zu verallgemeinern.“ [1]) „Außerdem sei es ratsam, den nicht zweifelsfreien Begriff der höheren Gewalt soweit als möglich zu vermeiden.“

b) Andere schon in den römischen Juristenaussprüchen erwähnte Schadensfälle, die billigerweise dem Unternehmer nicht aufgebürdet werden können, sind dagegen auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch im § 645 aufgezählt und dem Besteller zur Last gelegt.

Schon im gemeinen Recht wurde auf Grund von l. 62 D. 19, 2 gelehrt, daß den Besteller die Gefahr treffen soll, wenn ein vitium materiae, insbesondere ein vitium soli, ein Fehler des vom Besteller gelieferten Materials, den Schaden verursacht habe. Vertreten, allerdings, weil nicht auf den Quellen beruhend, nur sehr schwach, wurde auch die Ansicht, wenn in Folge besonderer Anweisungen des Bestellers der Zufall die Ausführung des opus verhindert habe, müsse der Besteller den Lohn zahlen.

§ 645 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: „Ist das Werk vor der Abnahme in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.“

Wie schon früher erwähnt, hat das vitium materiae oder soli eine culpa des locator nicht zur Voraussetzung; ebensowenig heute der Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes. Das geht klar daraus hervor, daß der Absatz 2 des genannten Paragraphen eine „weitergehende Haftung für des Bestellers Verschulden unberührt“ wissen will. Daß umgekehrt eine vertraglich vereinbarte Verpflichtung des Unternehmers zur Anzeige etwa vorhandener Mängel des Stoffes nicht verletzt sein darf, ergibt sich aus dem allgemeinen Prinzip der Haftung für Verschulden. Denn das Unterlassen solcher Anzeige könnte dann doch nur schuldhaft sein, oder jedenfalls zu den Umständen gehören, die er zu vertreten hat.

---

[1]) Protokolle in der Bearbeitung von Achilles Seite 335 des 2. Bandes zu S. S. 2243 und 2249.

Wenn nun früher, im römischen wie im gemeinen Recht in solchen Fällen einfach bestimmt wurde: locatoris erit periculum, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch das nicht „schablonenhaft verfügt.“[1]) Nicht den vereinbarten Werklohn oder einen der Arbeit entsprechenden Teil desselben schuldet der Besteller nach der so in Folge des Unterganges, der Verschlechterung oder des Unausführbarwerdens eingetretenen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, „die Entscheidung wird mehr den individuellen Umständen angepaßt.“ Wenn z. B. der Unternehmer die ganze Arbeit noch nicht aufgewandt hat, anderseits seine Auslagen die veranschlagten Kosten bereits übersteigen — weil er etwa außer der Anschaffung der erforderlichen Materialien nach dem Unfall „den Torso“ wieder hat wegräumen müssen — so wird ihm zwar einerseits der Wert der Arbeitsersparniß auf den zu zahlenden Ersatz der Mehrkosten angerechnet werden; anderseits soll ihm aber auch das Mehr an Kosten, abgesehen von dieser Anrechnung, voll ersetzt werden, selbst über den bedungenen Werklohn hinaus. Es weicht diese Regelung also inhaltlich jedenfalls von der des römischen und gemeinen Rechts ab. Wenn auch unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern keine Einigkeit in diesem Punkte herrschte, so war doch die Mehrheit für den Anspruch auf die volle Gegenleistung, jedoch nach Abzug der ersparten Aufwendungen und der durch die freigewordene Arbeitskraft erlangten Vorteile. Wenn indes die Motive die gemeinrechtliche Regelung als eine „weitergehende Begünstigung des Unternehmers“ bezeichnen, so ist das mindestens zweifelhaft. Kann doch, wie obiges Beispiel zeigt, die Gegenleistung, selbst die volle Gegenleistung, unter Umständen „nur eine den thatsächlichen Verhältnissen gar nicht entsprechende Aversionalsumme“ darstellen. Insofern liegt dann also in der Anordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine gegenüber dem frühern Rechtszustand billigere Regelung der Frage.

C.

Die Beantwortung der Gefahrfrage beim Werkvertrag durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist vielfach angegriffen und getadelt worden.

Richtig ist, daß das Prinzip des Gesetzbuchs eine Regelung der Gefahrfrage darstellt, die, streng durchgeführt, den Unternehmer schwer treffen würde.

---

[1]) Crome, a. a. O. Seite 316.

Richtig ist auch, daß der Grundgedanke der römischen Entscheidungen ein anderer gewesen sein muß und somit Grundlage zu einer billigeren Regelung auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch hätte bieten können.

Richtig ist ferner, daß sogar die Praxis des gemeinen Rechts vielfach auf die individuelle Lage des Einzelfalls Rücksicht nahm und demnach billige Entscheidungen erließ.

Nicht zu verkennen ist endlich, daß es ein einen kaum berechtigten Optimismus ausdrückendes Vertrauen auf die Vorsicht und den guten Willen der Vertragschließenden wäre, wollte man die Wirkung der gesetzlichen Härte durch einen Schluß, wie der Plancks ist, abzuschwächen suchen; Planck[1]) meint' wenn sich für gewisse Arten von Werkverträgen eine Verkehrssitte entwickele, die den Unternehmer günstiger stelle, so würden die Beteiligten regelmäßig die Absicht haben, den Vertrag im Einzelfall so zu gestalten, wie es der Sitte entspricht. Bei großen Unternehmungen, wie Häuserbauten, Fabrikanlagen, Anlagen großer elektrischer Betriebe u. s. w., wo es sich um Riesensummen handelt, da sind die Unternehmer in der Regel so klug, ihre Vertragsformulare so einzurichten, daß sie gegen Schäden geschützt sind. Aber die große Zahl der kleinen Handwerker pflegt bei ihren Vertragsschlüssen überhaupt nichts auszumachen, als die Art der Herstellung, die Höhe des Lohnes und die Zeit, in der sie fertig sein müssen; für sie soll aber das Gesetz doch auch eine Handhabe zur Wahrung ihrer Interessen bieten.

Wenn es nun einerseits aus praktischen Gründen unmöglich war, den schon von der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts verworfenen Grundgedanken der Quellenentscheidungen, die von Oertmann und anderen gewünschte sog. qualitative Gefahrteilung, als Prinzip ins Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, so sind die von diesen getroffenen Ausnahmebestimmungen doch so weitgehend, daß vor einer „gröblichen Benachteiligung der produktiven Stände“[2]) kaum mehr die Rede sein kann.

Gibt schon der dispositive Charakter der Regeln über die Tragung der Gefahr durch den Unternehmer dem wirklich Vorsichtigen Gelegenheit, sich zu schützen, so ist auch für die große Masse der Unklugen durch jene Durchbrechungen des Prinzips die Strenge des Gesetzes sehr gemildert. Denn sie verlangen

---

[1]) Planck, a. a. O. Seite 384.

[2]) Oertmann bei Grünhut, Bd. 24, a. a. O. S. 69.

bei jeder Entscheidung eine eingehende Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles; dadurch wird der Unternehmer häufig, wenn nicht die vereinbarte Gegenleistung schlechthin, so doch einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil derselben und außerdem Ersatz der nicht inbegriffenen Auslagen, eine vollkommen billige Entschädigung, erhalten.

Usuell ist heute vielfach namentlich für Bauten, dadurch Vorsorge getroffen worden, daß die Unternehmer vertraglich verpflichtet werden, die Unternehmungen während der Bauzeit zu versichern. Thatsächlich wird von der Möglichkeit der Bauversicherung auch ohne den Zwang vielfach Gebrauch gemacht.